Ex libris REV. BARDOU

Digitized by the Internet Archive
in 2011 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/pt2jusecclesiast03schm

JUS
ECCLESIASTICUM
UNIVERSUM

THE INSTITUTE OF MEDIAEVAL STUDIES
ST. MICHAEL'S COLLEGE
LIBRARY

JUL 17 1933

6276

INDEX TITULORUM

HUJUS VOLUMINIS

TITULUS XVIII.

De locato, et conducto.

TITULUS XIX.

De rerum permutatione.

TITULUS XX.

De feudis.

TITULUS XXI.

De pignoribus, et aliis cautionibus.

TITULUS XXII.

De fideijussoribus.

TITULUS XXIII.

De solutionibus.

TITULUS XXIV.

De donationibus.

TITULUS XXV.

De peculio clericorum.

BQV
192
.S3

TITULUS XXVI.

De testamentis, et ultimis voluntatibus.

TITULUS XXVII.

De successionibus ab intestato.

TITULUS XXVIII.

De sepulturis

TITULUS XXIX.

De parochiis, et alienis parochianis.

TITULUS XXX.

De decimis, primitiis, et oblationibus.

PARS II.

De pactis, et contractibus clericorum.

In rerum ecclesiasticarum alienatione licita, et prohibita partem praecedentem libri istius decretalium tertii clausimus : præsentem nunc partem contractibus, et pactis damus, per quae ad alienationem descenditur. Naturam istorum generatim explicavi *lib.* 1. *t.* 35. *de pactis.* Superest, ut in praesentiarum praecipue quaedam eorum species considerentur.

TITULUS XIV.

De precariis.

Precarii nomen in jure invenitur triplici modo acceptum, videlicet in neutro *precarium*, in foeminino numero singulari *precaria*, et in eodem foeminino numero plurali *precariae.* Precaria, et precariae probabilius non sunt distincti contractus; multum tamen distinguuntur a contractu precarii.

§. I.

De contractu precarii.

SUMMARIUM

1 *Precarii definitio.*
2 *Explicatio definitionis.*
3 4 5 *Non est verus contractus.*
6 *Requisita ad substantiam precarii.*
7 *Præcipuum est, ut revocari ad arbitrium concedentis possit.*
8 9 10 *Etiamsi ad certum tempus concessum sit.*
11 *Potest precarium constitui in re qualibet.*
12 *A quovis, qui usum rei alteri communicare potest.*
13 *Accipere precario potest, qui potest acquirere.*
14 15 *In eo præstatur solum dolus, et culpa lata.*
16 17 18 *Modi, quibus solvitur precarium.*
19 *Soluto illo, domino datur actio praescriptis verbis.*
20 21 *Et interdictum de precario.*
22 *Effectus ejusdem.*
23 *Transfert possessionem naturalem.*
24 *Differentia ejus a commodato.*

1

Quaeritur 1. quid sit *precarium*? et quomodo a donatione differat? Resp. *Precarium* proprie dicitur, *quod precibus petentis uten-*

dum conceditur tamdiu, *quamdiu is*, *qui concessit patitur*, prout habetur *c. fin. h. tit. et l. precarium* 1. *princ. ff. eod.* Ex quo definiri potest in hunc modum : *est contractus, vel potius conventio*, *qua alicui petenti rei usus gratis conceditur*, *ad arbitrium ipsius concedentis revocandus.* Ita quoad sensum DD. communiter, et in his Barb. *in rubr. h. tit. n.* 4. Gonz. *in c. fin. eod. n.* 3. Haun. *tom.* 4. *de just. tr.* 10. *n.* 767. Vall. *hic n.* 5. Vviest. *ibid. n.* 1.

2

Dixi 1. *gratis* : ex quo sequitur, quod precarium sit species quaedam liberalitatis; sumit enim etymon suum a precibus, quod non mercede data, sed liberaliter absque retributione concedatur; *l. precarium cit. et* §. *quod genus* 1. Dixi 2. *revocandus* : quo differt a donatione; nam qui donat, tradendo rem donatam, dominium illius transfert in donatarium, ita, ut revocare deinceps donationem, et donatum repetere non amplius valeat; *l. donationes* 1. *ff. de donation.* at qui precario concedit, non dominium, sed usum tantum rei transfert, quippe quam ita dat, ut repetere semper possit, quando libuerit; *l. precarium cit.* §. *et distat.* 2. Dixi 3. *ad arbitrium concedentis*; est enim de natura precarii, ut quocunque tempore a concedente revocari possit, etiam sine justa causa, modo inde, qui precarium accepit, et ita restituere cogitur, nullum patiatur damnum.

3

Quaeritur 2. an precarium sit verus contractus? Affirmat Donell. *l.* 14. *comm. c.* 34. cum quibusdam aliis : 1. quia *l. contractus* 23. *ff. de R. J.* precarium annumeratur contractibus, qui dolum malum duntaxat recipiunt : 2. quia ex precario datur *actio praescriptis verbis*, quae propria est contractuum innominatorum; *l. ait praetor* 2. §. *et naturalem* 2. *fin. et l. duo* 19. §. *fin. ff. h. tit.* 3. quia precarium incidit in contractum innominatum *do*, *ut facias*, videlicet *do tibi rem, ut cum mihi libuerit*, *eandem restituas* : 4. in precario civile negotium geritur, cum praecedat conventio, ut is, qui rogavit, re utatur pro voluntate concedentis, et ea revocata, ipsam rem restituat.

4

Sed tenenda est negativa, quam etiam defendunt Gonzal. *in cap. fin. h. tit. n.* 3. Lautterb. *ad tit. cit. ff.* §. 4. Stryck. *in us. mod. ibid.* §. 1. Haun. *tom.* 4. *de just. tr.* 10. *n.* 767. Vvex. *Ariadn. p.* 2. *tab.* 2. *t.* 2. *inst. tit. de oblig. memb.* 2. *n.* 4. Konig *hic n.* 19. et novissime clariss. P. Schmier *de pact. et contract. c.* 3. *n.* 186. *et seq.* Sumitur 1. ex *l. interdictum* 14. *ff. h. tit.* ubi Paulus, cum dixisset, ex precario nullam juris civilis actionem dari, rationem hujus sui dicti addidit, quia *magis ad donationes*, *et beneficii causam*, *quam*

ad negotii contracti spectat precarii conditio : atqui donatio non est proprie contractus, sed intra terminos pacti manet : ergo etc. 2. Precarium ex libera concedentis voluntate pendet, ut dictum est *n.* 2. atqui non est conveniens naturae contractuum, ut negotium pendeat ex libera alterius voluntate, cum obligationem imponant *l. in commodato* 17. §. *sicut* 3. *ff. commodat.* 3. quia precario definitio contractus proprie dicti non competit, sive sequamur definitionem Ulpiani relatam *l. Labeo* 19. *ff. de V. S.* sive illam Cujacii *in l. juris* 7. *ff. de pact.* sive communem tandem, juxta quam contractus est conventio super negotio civili obligationem producens, cum in precario nullum civile negotium detur, aut obligatio reciproca nascatur.

5

Neque contrarium probant argumenta opposita. *Ad* 1. ibi in larga significatione sumitur nomen contractus, complectendo etiam illa, quae similitudinem habent cum contractibus : unde etiam quasi contractus negotiorum gestorum ibi enumeratur. *Ad* 2. actio illa in precario non datur ex negotio gesto, sed conceditur solum ex aequo, et bono, quod iniquum videretur nullam civilem actionem dari ei, qui rem suam roganti precario concessit. *Ad* 3. *dare* in contractibus innominatis significat dominium transferre, et *facere* est quid in vicem compensationis pro eo, quod datum est, perficere : quorum neutrum cadit in precarium. *Ad* 4. negatur *ant.* nec enim natura contractus patitur, ut negotium gereretur, et penderet tantum ab unius partis voluntate.

6

Quaeritur 3. quid requiratur ad substantiam, et naturam precarii ? Resp. quinque haec requiruntur : 1. ut fiat consensu tam dantis, quam accipientis; quia precarium est conventio, quae duorum, vel plurium consensum desiderat : 2. ut interveniat rei precario concessae traditio; quia est ex iis pactis, quae re perficiuntur : 3. ut nulla interveniat merces ; quia est pactum gratuitum, et quandam donationis speciem, sc. usus donationem continet : 4. ut res concedatur ad usum indeterminatum ratione modi, finis, et temporis : et hinc, si a me librum petis ad describendum, cum hic sit certus usus, et tempus, quo commode describi possit, tacite appositum, commodatum, non precarium erit : 5. ut qui precario dat, possit rem concessam, quando voluerit, revocare; *c. fin. h. tit. et l. precarium* 1. *ff. eod.* etiam sine ulla causa, cum pendeat ex libera voluntate ejus, qui dedit ; Azor. *p.* 3. *l.* 7. *de precar. c.* 2. *q.* 1.

7

Dices : si precarium a concedente revocari potest, quando ipse voluerit : poterit etiam revocari statim, et in continenti, postquam

concessum est: hoc dici non potest; quia precarium est beneficium, cujus revocatio, si in continenti fiat, habet praesumptionem doli, et animum nocendi potius, vel illudendi, quam benefaciendi indicat: ergo etc. Resp. distinguendo: vel enim urgens necessitas, aut alia causa rationabilis suadet, ut in continenti revocetur, vel non. *Si primum*, potest revocari statim; *si secundum*, aliquo saltem temporis spatio ad arbitrium judicis ei, cui concessa est, relinqui res ita concessa debet, ne prorsus omni usu, et commodo destituatur. Ita Abb. *in c. fin. h. tit. n.* 13. Covar. *l.* 3. *var. c.* 15. *n.* 6. Menoch. *de arbitr. cas.* 23. *fin.* Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 298. *n.* 2. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 14. *n.* 4. Pal. *tr.* 32. *D.* 3. *p.* 5. *n.* 5. Gonz. *in c. fin. cit. n.* 8. Pirh. *hic n.* 5. Konig *n.* 29. Vviest. *n.* 3. et alii communiter. *Ratio est*, quia causa necessitatis et quaevis alia, quae rationabilis sit, purgat praesumptionem doli; istam autem habet revocatio facta sine omni causa justa, ut proinde in hoc posteriori casu merito opponi exceptio doli possit, quae evitatur in casu priore.

8

Quaeritur 4. an precarium rogari, concedique possit ad certum, et determinatum tempus? Resp. affirmative, prout patet ex *l. in rebus* 4. §. *fin. h. tit. Difficultas est*, an casu, quo ad determinatum tempus res precario concessa est, ante temporis illius lapsum revocari possit? *Videtur enim non posse*; quia sic concessio ad certum tempus frustranea foret.

Sed dicendum adhuc posse quocunque tempore revocari, etiam antequam lapsum sit illud, pro quo concessum est, prout constat ex *l. cum precario* 12. *ff. h. tit. Proceditque hoc*, etsi in pactum deductum fuisset, ut is, qui rem precario concessit, non possit illam ab accipiente repetere ante certum tempus, ad quod concessum est; nam talis pactio naturae precarii contraria est, adeoque irrita, uti constat ex *l. cum precario* 12. *cit. in princ.* et docet ibidem gloss. *V. conventionis*, Abb. *in c. fin. h. tit. n.* 3. *et* 4. Azor. *p.* 3. *l.* 7. *de precar. c.* 2. *q.* 2. Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 298. *n.* 4. Gonz. *in c. fin. cit. n.* 8. Vvagn. *ibid. vers. precarium.* Vallens. *hic n.* 5. Zoes. *n.* 3. Honor. *n.* 5. Engl. *n.* 2. Pirh. *n.* 7. Konig *n.* 27. Vviest. *n.* 8. ubi addit, hujusmodi pactionem ita irritam esse, ut ne in commodatum quidem transeat, sed habeatur pro non adjecta: et hoc ex generali regula, juxta quam pactum contra substantiam contractus adjectum irritum, et nullum est.

9

Excipitur, nisi conventio, cui ejusmodi pactum adjectum est, ita explicari possit, ut transeat in naturam alterius contractus; *arg. l. ubi ita* 27. *ff. de mort. caus. donat.* nam natura hujus donationis

est, ut possit revocari; *l. fin. C. de donat. caus. mort.* et tamen, si pactum adjiciatur, ut non possit revocari, valet pactum, et transit in donationem inter vivos: igitur etiam in proposito, si tale pactum adjiciatur contractui, et dubium sit, an concedens voluerit commodare, vel precario concedere, ne actus pereat, censendus est voluisse commodare. Addidi *si dubium sit*; nam casu, quo constat de voluntate concedentis, quod precario voluerit concedere, et alter accipere, sed non nisi sub hac conditione, ut revocari datum ante certum tempus nequeat, potius dicendum est conventionem esse irritam, utpote factam ab eo, qui quod potuit, noluit, et quod voluit, non potuit.

10

Ad rationem dubitandi dico non propterea concessionem ad certum tempus esse frustraneam, etsi ante illud revocatio fieri possit; habet enim hunc effectum, ut precarium accipiens rem concessam ad illud tempus retinere possit, quod non posset, si fuisset illi constitutum tempus aliquod brevius cum clausula, ut eo lapso restituat: *cum clausula*, inquam; nam si ejusmodi clausula adjecta non sit, etiam exacto statuto tempore, si revocatio facta non sit, retineri potest, quod precarium non revocando dominus illud denuo concessisse, et renovasse censeatur; *l. in rebus* 4. §. *fin. ff. h. tit. et ibi* gloss. *V. rursus*, Brunnem. *in l. certe si* 6. *ibid. n.* 1. Gonz. *in c. fin. eod. n.* 8. Haun. *tom.* 4. *de just. tr.* 10. *n.* 769. Vvagn. *in cap. fin. cit. vers. porro.* Pirh. *n.* 6. *hic*, Konig *n.* 26. Vviest. *n.* 4.

11

Quaeritur 5. quae res in precarium concedi possint? qui illas concedere, et quibus? Resp. *Ad* 1. Precarium constitui potest in re qualibet, sive mobilis illa sit, sive immobilis, imo etiam in juribus, ut si cui concedam, ut ipsi liceat per fundum meum plaustrum agere, aquam ducere etc. *l. veluti si me* 3. *ff. h. tit.* Azor. *p.* 3. *l.* 7. *de precar. c.* 1. *q.* 3. Molin. *tr.* 2. *D.* 298. *n.* 5. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *cap.* 14. *n.* 5. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 770. *in fin.* Konig *hic n.* 23. An cui in re sua propria constitui precarium possit, dubitari potest. *Videtur non posse*; quia ut *l. in rebus* 4. §. *item si* 3. *ff. h. tit.* Ulpianus testatur, *receptum est*, *rei suae precarium non esse*: quod confirmatur ex *reg.* 45. *ff.* ubi idem Ulpianus, *neque pignus*, *neque depositum*, *neque precarium*, *neque emptio*, *neque locatio rei suae consistere potest.* Sed dicendum, posse alicui in re propria precarium constitui, si illa sit obligata alteri, ut fit, quando debitor rem suam oppignoravit creditori, ejusque possessionem ab isto precario rogat; *l. certe* 6. §. *fin. et l. si debitor* 11. *ff. h. tit. Ad leges in contrarium*

allatas dico, eas solum loqui de re, cujus possessionem habet dominus, quaeque alteri non est obligata.

12

Ad 2. precarium constituere, seu precario dare potest omnis ille, qui potest usum rei alteri communicare; *l. precarium* 1. *ff. h. tit.* et non tantum dominus, sed etiam possessor rei, aut qui jus pignoris in illa habet; *l. certe cit.* §. *fin. l. sed et si* 7. *l. si debitor* 11. *ff. h. tit.* item fructuarius §. *minus* 1. *inst. de us. et habit.* non tamen infans, et furiosus; quoniam voluntate destituuntur; *l. certe cit. princ.* In eo, qui jus pignoris in re habet, limitanda est facultas ista, ut non possit eam precario concedere, nisi domino; quia cum ipse pignore uti nequeat, nec alteri, quam domino usum ejusdem potest concedere.

13

Ad 3. precario accipere potest omnis, qui potest acquirere, etiam pupillus, licet sine authoritate tutoris precarium rogaverit; *l. fin.* §. *si pupillus* 1. *ff. h. tit.* Item servus, et filiusf. cum proprio, tum patris, aut domini nomine: cum hoc tamen discrimine, quod si rogat proprio nomine, teneatur, quantum est in suo peculio; si vero domini, vel patris nomine, et hi vel jusserint, vel precarium ratum habuerint, teneantur in solidum. Idem est de procuratore, si rogat pro eo, qui mandavit, vel ratum habuit; *l. certe cit.* §. *si procurator.*

14

Quaeritur 6. qualis culpa praestetur in precario? *Videtur* praestanda culpa levissima; quia haec praestari debet in iis contractibus, qui primo cedunt in commodum solius accipientis; *l. si ut in certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *ff. commod.* ubi Ulpianus dicit, in commodato *praestandam culpam*, *et diligentiam*, quia *solam utilitatem continet ejus*, *cui commodatur.*

Sed dicendum solum praestandum dolum, et culpam latam, quae dolo aequiparatur, prout patet ex *l. quaesitum* 8. §. *et generaliter* 6. *ff. h. tit.* et notat *ibid.* Brunnem *n.* 3. Laym. *l.* 3. *t.* 4. *c.* 14. *n.* 5. Molin. *tr.* 2. *D.* 298. *n.* 7. Haun. *t.* 4. *de just. tr.* 10. *n.* 771. Honor. *hic n.* 4. Pirh. *n.* 4. Konig. *n.* 33. Vviest. *n.* 6. *Ratio est*, quia precarium, ut *n* 4. dixi, non est verus contractus, et cum ex sola concedentis voluntate dependeat, ac omni momento revocari possit, jura accipientem ad ordinariam, et exactam custodiam adstringere noluerunt, utpote satis gravatum per restitutionem ad alterius arbitrium faciendam. Deinde sibi imputet concedens, quod homini negligenti rem precario concesserit, vel cum posset, citius non revocaverit.

15

Excipitur, si rem precario habens eam detineat post editum interdictum, seu litem contestatam, qua concedens eam ad se avocat; nam tunc etiam culpa levis cum omni causa, seu interesse actoris praestari debet, ne precario accipiens sua mora obesse possit concedenti; *l. quaesitum cit. §. ex hoc* 4. *et §. et generaliter* 6. Zoes. *ibid. n.* 4. cum reliquis supra.

Ad rationem dubitandi patet ex dictis. Disparitas inter precarium, et commodatum latissima est: nam commodato dans non potest pro arbitrio rem revocare, sicut potest dans precario; ut proinde gravior obligatio, nisi haec in pactum deducatur, videatur beneficium per precarii concessionem acceptum excedere.

16

Quaeritur 7. quibus modis solvatur precarium? Resp. Quinque afferuntur modi, ut videre est apud Azor. *p.* 3. *l.* 7. *de precar. c.* 3. *q.* 1. Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 298. *n.* 8. 9. *et* 17. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 14. *n.* 5. Pal. *tr.* 32. *D.* 3. *p.* 5. *n.* 6. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 772. Barbos. *in cap. fin. h. tit. n.* 1. Gonzal. *ibid. n.* 1. 7. *et* 9. Vagn. *V. obitu*, Engl *hic n.* 7. *vers. circa contractum*, Pirh. *n.* 8. Konig *n.* 31. Wiest. *n.* 9. et 10. Et 1. quidem finitur *revocatione*, cujus facultas, ut hactenus dictum est, ad libitum permissa est ei, qui precario rem concessit.

2. *Obitus illius, cui concessum est,* prout habetur *c. fin. h. tit.* et ratio est, quia precarium est beneficium personale, ac proinde cum persona extinguitur juxta *reg. privilegium* 7. *in* 6. nec ad successorem, vel haeredes ejus, cui concessum est, transit; *l. cum precario* 12. *in fin. ff. h. tit. Excipitur*, si concessio non tam personae, quam dignitati, v. g. praelaturae, esset facta, tunc enim mortuo illo, qui hanc obtinet, precarium transibit ad successorem, eo, quod dignitas nunquam moriatur.

17

3. *Morte concedentis*: ubi tamen est distinguendum, an precarium concesserit *ad beneplacitum suum*, seu *quamdiu ipse voluerit*, an vero *absolute*, aut cum addito, *donec revocavero. Si primum*, precarium morte concedentis exspirat; *arg. c. si gratiose* 5. *de rescript. in* 6. *et l. locatio* 5. *ff. locat.* et ratio est, quia sic facta concessio alligatur voluntati, et beneplacito concedentis, quae cum morte ejusdem expirent, necessarium est etiam extingui gratiam ita factam. Neque opus est tali casu actu aliquo contrario, seu revocatione, cum per seipsam cesset concessio. *Si secundum*, non expirat precarium, sed eo concessa res ab haeredibus ejus, cui concessa est, si non revocaretur, precario haberi incipit; *c. fin. h. tit. et l.*

quaesitum 8. §. *quod a Titio* 1. *ff. eod. Ratio est*, quia precarium est quaedam species gratiae, seu privilegium; sed gratia, et privilegium concessum absolute, vel cum clausula *donec revocavero*, tamdiu manet, donec fuerit revocatum; ergo et precarium; atqui per mortem concedentis non censetur revocatum, quia ad revocationem gratiae requiritur actus positivus, et contraria ordinatio; ergo etc.

18

4. *Alienatione rei precario concessae*, si is, qui ita illam concessit alicui, eam vendidit alteri. Quod tamen solum procedit, si emptor illam revocet; nam si non revocet, precarium non solvitur, sed is, qui sibi concessam a venditore habet, eandem ab emptore precario habere incipit, perinde, ac si ipse precario possidenti eandem sic concessisset, ut habetur *c. fin. h. tit. et l. quaesitum* 8. §. *quod a Titio* 1. *ff. eod.* Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 298. *n.* 19. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 14. *n.* 5. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 772. Pirh. *hic n.* 9. Vviest. *n.* 11. *Difficultas est*, quomodo emptor revocare precarium possit, cum potestas revocandi sit effectus dominii; dominium autem emptor in re sibi vendita non acquirat per solam emptionem absque traditione ejusdem, ut dicitur *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* Omissis aliis responsionibus, quae forte oppugnari possunt, dico cum P. Pirh. *l. cit.* in hoc casu intervenire traditionem quandam rei venditae, dum nim. is, qui eam precario habet, constituit, et declarat, se eandem ab emptore habere tanquam domino: quae traditio cum operetur dominium, mirum non est, quod hoc modo emptor dominus rei constitutus precariam illius concessionem revocari possit.

5. Denique solvitur precarium pignoris absque omni revocatione tam judiciali, quam extrajudiciali, quando debitor solvit debitum creditori, a quo pignus, quod ipsi dedit in securitatem crediti, precario habet; *l. si debitor* 11. *ff. h. tit.* Molin. *tr.* 2. *D.* 298. *n.* 17.

19

Quaeritur 8. quae remedia competant domino, precario soluto, ad rem ipsam recuperandam? In hoc JCti sibi adversari videntur; nam Ulpianus *l. ait praetor.* 2. §. *et naturalem* 2. *fin. et* ante eum Julianus *l. duo* 19. *ff. h. tit.* diserte probant, duplici remedio succurri domino, nempe *interdicto de precario*, *et actione praescriptis verbis*: contra Paulus *l. interdictum* 14. *ff. eod.* vult tantum interdictum ei competere, ex ratione, quod *nulla eo nomine juris civilis actio esset*: quo clare videtur omne remedium civile eidem denegasse. *Quod confirmari potest ex ratione*; nam si ex precario competeret actio, competeret *actio praescriptis verbis.* Haec autem non competit ex precario; quia solum competit ex contractibus innominatis, qualis tamen non est precarium.

20

Sed dicendum, utrumque remedium dari domino rem precario concessam repetenti. Textus allegati in speciem pugnantes facile combinari possunt, si dicatur, quod *actio praescriptis verbis* ex precario competat, non quidem ordinaria, qualis ex contractu innominato descendit, sed extraordinaria, et irregularis, quae ex bona fide oritur; Vvex *Ariadn. p.* 2. *tab.* 2. *tit. de oblig. membr.* 2. *n.* 4. Quod si quis stipulatione sibi cavit, ut accipiens precarium illud redderet, quando concedens repeteret, *interdictum ex precario* cessat, tanquam remedium extraordinarium, et agitur *ex stipulatu*, prout sumitur ex *l. et habet* 15. §. *cum quis* 3. *ff. h. t.* glos. *ibid. V. non competit.* Zoes. *ad eandem rubr. ff. n.* 6. Konig *n.* 30. *fin.*

21

Porro interdictum hoc ad restitutionem ex precario datur illi, qui precario dedit, tametsi non sit dominus; nam etiam possessor, fructuarius, et qui jus pignoris in re aliqua habet, dare illam precario potest, ut dictum est *supra n.* 12. Transitque jus istud etiam ad haeredes concedentis, ejusque successorem; nam et ab hoc censetur haberi precario, quod ab ejus authore est habitum; *l. quaesitum* 8. §. *quod a Titio ff. h. t.* 2. datur imprimis contra eum, qui precario accepit, si penes se rem habeat, aut dolo habere desiit; *l. quaesitum cit.* §. *eum quoque* 3. item contra haeredem illius; *l. quaesitum cit.* §. *fin.* 3. Interdictum hoc datur non tantum ad restitutionem ipsius rei precario concessae, sed etiam ad restitutionem fructuum post editum interdictum perceptorum, ut dictum est *sup. n.* 15.

22

Quaeritur 9. quis sit effectus precarii? Resp. Quatuor recenseri possunt, duo onerosi, duo lucrativi. *Ex onerosis unus* obligatio restituendi rem precario concessam ad lubitum concedentis. *Alter* obligatio praestandi dolum, et culpam latam, prout dictum est *n.* 14. *Ex lucrativis primus* est potestas utendi re precario concessa, donec precarium solvatur. *Secundus* possessio naturalis, quae casu saltem, quo sic petitum est, ad eum, qui precario accepit, transfertur; *l. et habet* 15. §. *eum cui* 4. *ff. h. t. et ibi* glos. *V. corpore, et V. a possessione* glos. *in c. fin. V. precarium eod.* Azor. *p.* 3. *l.* 7. *de precar. c.* 2. *q.* 4. Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 298. *n.* 5. Gonz. *in c. fin. cit. n.* 4. Haun. *to.* 4. *tr.* 10. *n.* 770. Pirh. *hic n.* 3. Konig *n.* 26. Vviest. *n.* 6. Effectus possessionis istius est, ut quidquid naturali possessori juris conceditur, ipsi competat: cons. qui sic possidet, si in possessione non a domino, seu precarii authore, sed alio quocunque turbetur, interdicto *uti possidetis* experiri valet; *l. qui precario* 17. *ff. h. t.* imo si vi eadem possessione dejectus sit, etiam interdictum *unde*

vi intentare potest; Haun. *l. cit. n.* 770. Pirh. *n.* 3. Konig *n.* 32. Vviest. *n.* 7.

23

Dixi *saltem casu*, *quo sic petitum est*; nam an hujusmodi possessionem naturalem acquirat etiam is, qui rem, sine possessionis expressa mentione rogatam, precario accepit, specialis est difficultas. *Negativam* defendunt Gonz. *in c. fin. cit. n.* 4. Haun. *to.* 4. *de just. tr.* 10 *n.* 770. *fin.* Konig *hic n.* 32. et teste P. Vviest. *ibid. n.* 7. communior sententia. *Fundamentum* sumunt ex *l. certe* 6. §. *is*, *qui* 2. *ff. h. t.* ubi is, qui precario ad tempus in fundo moratur, negatur possidere: igitur nisi petita, et concessa expresse sit possessio, non competit illa precario possidenti.

Sed dicendum, non minus probabiliter possessionem naturalem competere precarium possidenti, etsi in petitione, et concessione expressa mentio possessionis facta non sit. Ita Azor *p.* 3. *l.* 7. *de precar. c.* 2. *q.* 4. Gomez *l.* 2. *var. c.* 7. *n.* 2. Mol. *tr.* 2. *D.* 298. *n.* 5. Fach. *l.* 8. *controv. c.* 16. *in fin.* Barbos. *in c. fin. h. t. n.* 6. Honor. *hic n.* 3. Sumitur ex *l. et habet* 15. §. *eum qui* 4. *et* §. *fin. h. t.* ubi hujusmodi possessio ipsi tribuitur absolute, et sine ulla ejus rogatae mentione. 2. ex *l. si servus* 22. §. *iis*, *qui pignori* 1. *de noxal. act.* ubi, qui precario rogavit, dicitur *juste possidere*, et tantum negatur *possidere opinione domini.* 2. ex *l. Pomponius* 13. §. *si is* 7. *de acquir. vel amitt. poss.* ubi rupto, vel dissoluto precario, possessio dicitur a domino recipi: igitur ante dissolutionem precarii non habuit possessionem: intellige naturalem.

Ad textum *l. certe cit.* dico, ibi solum negari, quod precarie habens possideat civiliter: vel si contendas id exaudiendum etiam de possessione naturali, responderi potest, hanc ideo duntaxat negari, quia expresse actum est, ut precario tantum ad tempus in fundo esset, i. e. ut in ejus possessione esset, non vero, ut eum possideret juxta *l. siquis ante* 10. §. *idem Pomponius* 1. *ff. de acquir. vel amit. posses.* explicant Gomez, et Fachinaeus *l. cit.*

24

Quaeritur 10. quomodo precarium differat a commodato? Resp. Precarium maxime affine est commodato; *l. precarium* 1. §. *fin. ff. h. t.* nam utroque res ad usum conceditur; utrumque gratuitum est; et neutro dominium in accipientem transfertur.

Differt autem in tribus maxime 1. quia commodatum semper conceditur ad certum tempus expresse, vel tacite, ita, ut ante illud revocari non possit; *l. in commodato* 17. §. *sicut* 3. *ff. commodati*; precarium autem, etsi aliquando concedatur ad certum, et definitum tempus, tamen etiam ante illud revocare rem ita concessam semper

domino integrum est, ut dictum est *n.* 5. *et seq.* 2. is, qui precario rem accepit dolum duntaxat, et culpam latam praestare tenetur, ut patet ex *n.* 14. contra qui commodatum accepit, praestat culpam etiam levem, et levissimam; *l. quaesitum* 8. §. *eum quoque* 3. *ff. h. t.* 3. qui rem commodatam accepit, nec civiliter, nec naturaliter eam possidet, sed utraque penes commodantem manet, qui rem datam suo animo, et alterius, sc. commodatarii corpore, ac ministerio possidet; *l. rei* 8. *ff. commod.* at qui precario rem accepit, naturaliter possidet, remanente solum civili possessione penes dominum concedentem, ut explicatum est *n.* 22. *et* 23.

§. II.

De contractu precariae, seu precarium.

SUMMARIUM

25 *Origo precariarum.*
26 *Definitio.*
27 *Materia, seu objectum.*
28 *Subjectum, et causa efficiens.*
29 *Tempus, ad quod concedi possunt.*
30 *Causa, et modus.*
31 32 *Necessitas quinquennalis renovationis.*
33 *Hæc fieri potest absque solemnitate.*
34 *Non tamen prima concessio.*
35 *Hinc facta sine solemnitate revocari potest.*
36 37 *Effectus precariæ.*
38 *Differentia a precario.*
39 *Et ab emphyteusi.*

25

Quaeritur 1. quid sit *precaria*, *sive precariae*? Harum in ecclesia, praesertim gallicana, olim frequens concessio fuit, ut abunde testantur concilia agathense, *can.* 58. epaunense *can.* 18. aurelianense 4. *can.* 36. aliique veteres canones, uti et Caroli M. *capitular. l.* 5. *c.* 3. *et l.* 7. *c.* 104. Ortae sunt, ut ex beato Rhenano *l.* 2. *rer german.* ostendit Tholos. *syntagm. l.* 23. *c.* 2. *n.* 5. occasione illustris victoriae, quam Clodovaeus francorum rex religione in Christum magis, quam armis apud Tolbiacum obtinuit; quia enim in gratiarum actione tanti beneficii fidelium pietas passim bona sua obtulere ecclesiae, ecclesia vicissim, ne sic offerentes deinde egestate laborarent; eadem bona per precarias in modum beneficii ad dies vitae tuenda fruenda concessit. Hinc *in LL. aleman. t.* 11. habentur haec verba: *si quis liber res suas ad ecclesias DEI dederit - - et post hac a pastore ecclesiae per beneficium susceperit, ad victualem*

necessitatem conquirendam diebus vitae suae, et quod spopondit; persolvat ad ecclesiam censum de illa terra. His similia habentur in *LL. bajuvar. t.* 1. *c.* 1. Nomen precaria acceperunt a precibus, vel potius a charta, quae *precaria, vel precatoria* dicebatur, et postulationem precariae concessionis rerum ecclesiasticarum continebat ut colligitur ex *synod. rhemens. can.* 35. *et tolet.* 6. *can.* 5.

26

Definiri *precaria* potest, quod sit *contractus realis*, *nominatus*, *bilateralis*, *bonae fidei*, *quo alicui rei ecclesiasticae immobilis, et soli plerumque usus ad preces ejusdem conceditur*, *eo pacto*, *ut si concessionis tempus sit diuturnius*, *ne istius longinquitate illius memoria intereat*, *renovari singulis quinquenniis debeat*, *et finito concessionis tempore cum omnibus incrementis res concessa ad ecclesiam revertatur.* Ita quoad sensum communiter DD. et in his Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 14. *n.* 6. Barb. *ad rubr. h. t. n.* 6. *et* 10. *et in c.* 1. *eod. n.* 3. Gonzal. *ib. n.* 4. Pirh. *hic n.* 10. Engl. *n.* 1. Scham. *n.* 3. Konig *n.* 3. Vviest. *n.* 14. claris. P. Schm. *de pact. et contr. c.* 3. *n.* 163. Dicitur 1. *Contractus realis;* quia non perficitur sine traditione 2. *nominatus*; licet enim precaria juri civili saltem antiquiori non adeo quoad speciem fuerit cognita, cognita tamen est juri canonico, a quo nomen pacificum acquisivit. 3. *Bilateralis, et bonae fidei*: et quidem quod bilateralis sit, patet ex eo, quod dans, et accipiens obligationem contrahat: unde etiam quod bonae fidei sit, sua sponte deducitur. Ceterae particulae objectum, subjectum, et obligationem hujus contractus explicant: de quibus in decursu.

27

Quaeritur 2. quaenam res, quibus, et a quibus per contractum precariarum concedi possint? Resp. *Ad* 1. in precarias conceduntur res, et possessiones ecclesiae, vel jam possessae, vel ecclesiae saltem oblatae ea conditione, ut liceat offerenti ad certum, vel incertum tempus earum usum habere; Gonz. *in c.* 1. *h. t. n.* 8. debentque res istae esse immobiles, et frugiferae, ut idem Gonz. notat, et sumitur ex *can. precariae* 4. *caus.* 10. *q.* 2. *et can. possessiones* 61. *caus.* 16. *q.* 1. *Neque obstat*, quod synodus lyptinensis precarias *ecclesialem pecuniam* nuncupet; quia, ut recte Hermognes *l. pecuniae* 222. *ff. de V. S. ait, pecuniae nomine non solum numerata pecunia*, *sed omnes res tam soli*, *quam mobiles*, *et tam corpora*, *quam jura continentur.* Imo in numerata pecunia precariam constitui negat ratio; quia plerumque ex precariis solvitur pensio, et finito tempore res ipsa integre restituitur: quod fieri in pecunia sine vitio usurae nequit, ut docte expendit Gibalin. *de usur. c.* 2. *art.* 4.

28

Ad 2. concedi possunt precariae non solum clericis, et monachis, verum etiam laicis. De precariis clericorum constat ex *synod. epaun. can.* 18. *et tolet.* 6. De laicis ex *can. saepe* 72. *caus.* 12. *q.* 2. ubi etsi in littera vulgata clericorum tantum mentio fiat, at ex emendatione Gregoriana adduntur verba, *vel aliarum quarumlibet personarum* , Gonz. *in c.* 1. *h. tit. n.* 6. Konig *hic n.* 4. *Ad* 3. eas concedere valent rectores ecclesiarum , qui res ecclesiae propriae administrant, veluti episcopi, abbates etc. Gonz. Konig *l. cit.*

29

Quaeritur 3. de tempore, causa, et modo, quo precariae concedi possunt. *Resp. ad* 1. olim concedi poterant in perpetuum , ut colligitur ex decreto Joannis IX. ubi teste Baronio *ad annum Christi* 904. statuit, ne tales imposterum essent : et confirmatur ex *constitutionibus Greg. VII. et Urban. II.* Ad quod tempus hodie concedi possint, controvertunt DD. Gonz. *in c.* 1. *cit. n.* 9. *in fin.* et Gibalin. *l.* 4. *de usur. c.* 2. *art.* 6. distinguunt inter eum, qui res suas ecclesiae donavit , et inter ceteros ; nam si ille rerum , quas ecclesiae donavit, usumfructum per precariam petit, ajunt ipsi concedi solere ad vitam : at siquis in praecarias peteret res ab ecclesia aliunde comparatas, non ad vitam, sed ad quinquennium , vel aliud certum tempus concedi consuevisse; Konig *hic n.* 6. notat hoc rerum discrimen hodie non observari, nec precariis alium terminum praefixum esse, quam qui inter dantem, et accipientem convenit.

30

Ad 2. precariae semper conceduntur ad preces. An vero ex causa remunerationis tantum constitui valeant, non omnimodo certum est. Probabilius est, quod non, dummodo speretur aliquod obsequium , et servitium , ab accipiente cum tempore praestandum per textum *can. praecariae* 4. *caus.* 10. *q.* 2. P. Engl *hic n.* 3. P. Schmier *de pact. et contr. c.* 3. *n.* 173. *Ad* 3. aliquando conceduntur cum reservatione pensionis praestandae ecclesiae, a qua precariae conceduntur, plerumque tamen gratis ; Abb. *in c.* 1. *h. tit. n.* 3. Engl. *hic n.* 3. Konig *n.* 10. P. Schmier *l. cit. n.* 174.

31

Quaeritur 4. quanta sit necessitas renovationis quinquennalis , de qua dictum in definitione precariae *n.* 26. Resp. Est adeo necessaria, ut si hujusmodi renovationem non petat is , cui res per precarias sunt concessae, cadat jure suo, eo fere modo, quo vasallus amittit feudum , si a novo domino non petat investituram ; et liberti ecclesiae ad servitutem revocabantur , si sub novo pontifice se de istius familia esse non profitebantur; Abb. *in c.* 1. *h. tit. n.*

5. Gonz. *ibid.* *n.* 10. Molin. *tr.* 2. *de just.* *D.* 298. *n.* 22. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 773. Vall. *hic n.* 9. Honor. *n.* 1. Zoes. *n.* 2. Engl. *n.* 6. Pirh. *n.* 14. Konig *n.* 9. Vviest. *n.* 18

32

Neque sufficit, quod dominus, elapso quinquennio, absque renovatione contractus, eum, cui per precarias rei immobilis usus ad longius tempus concessus est, patiatur manere in possessione, nam quando ad actum requiritur aliquid ultra patientiam, ut in proposito requiritur renovatio contractus, non sufficit sola patientia, eaque nihil operatur, ut notat Barb. *in c.* 1. *h. tit.* *n.* 6. Gonz. *ibid.* *n.* 10. Pirh. *n.* 14. Konig *n.* 11. *Excipitur*, ubi contraria viget consuetudo, ut innuitur *c. precarium* 1. *h. tit. ibi secundum antiquam consuetudinem*; nam in his loci cujusque consuetudo attendi debet, cum secundum istam contractus quilibet in dubio censeatur initus, ex generali regula, qua dicitur, si nihil in contractu expressum sit, id tacite actum videri, quod est de consuetudine loci.

33

Quaeritur 5. an precariae moderno jure exigant solemnitates, quae rerum ecclesiasticarum alienationi juxta *tit. praec.* praemitti debent? *Certum est*, eas non requiri in renovatione quinquennali; Gonz. *in c.* 1. *h. tit. n.* 7. Pirh. *hic n.* 14. Konig *n.* 9. *in fin.* Vviest. *n.* 19. *Ratio est*, tum quia non est nova concessio, sed tantum contractus prius initi renovatio, ne res per oblivionem pereant, et ne accipiens, vel haeres illius eas dicat esse suas, et proprias; tum quia post legitime factam concessionem est necessaria, et conditionem ecclesiae meliorem facit. Unde sicut praelatus, etsi absque solemnitatibus res ecclesiae suae infeudare non possit, potest tamen feudum antiquum renovare sine illius solemnitatibus, ita etiam precariarum concessionem sine illis renovare non prohibebitur.

34

Controversia est, an sine solemnitate a praelatis fieri possit etiam prima precariarum concessio? Affirmativa sententia videtur colligi ex *can. saepe* 69. *caus.* 12. *q.* 2. *can. clerici* 11. *et can. si episcopus* 12. *caus.* 16. *q.* 3. ubi episcopo adstruitur potestas concedendi precarias, nulla facta solemnitatis mentione.

Sed retinenda est sententia negativa, quam etiam defendit Durand. specul. *tit. de locat.* §. *item quaeritur*; Sylv. *V. precaria n.* 7. Gonz. *in c.* 1. *h. tit. n.* 7. Vagn. *ibid. in not.* Engl *hic n.* 4. Zoes. *n.* 1. Scamb. *n.* 4. Konig *n.* 8. Vviest. *n.* 20. Reifenstuel *n.* 15. *Ratio est*, quia etsi dominium, et proprietas rei sic concessae penes ecclesiam maneat, tamen per ejus concessionem irrevocabiliter in beneficiarium transfertur ususfructus, vel saltem usus ad lon-

gum tempus, et aliquando ad vitae totius tempus, quae species quaedam alienationis est : igitur sicut ad ceteras alienationes, ita etiam ad concessionem precariarum exigentur solemnitates alias a jure requisitae.

35

Ex quo sequitur, si ejusmodi concessio absque justa causa, vel absque debitis solemnitatibus a praelato facta sit, eam a successore revocari posse, et debere; *c. precariae* 2. *h. tit.* imo etiam ab ipso praelato, si is in administratione adhuc toleretur; *c. siquis* 6. *de reb. eccl. non alien.* gloss. *fin. in c.* 2. *cit.* Vivian. *ibid. pr.* Molin. *tr.* 2. *D.* 298. *n.* 20. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 773. Vall. *hic n.* 10. Pirh. *n.* 11. Engl. *n.* 5. Scamb. *n.* 4. Konig. *n.* 11. *Proceditque hoc*, etiamsi poena tali contractui sit adjecta, ut habetur *c. precaria cit.* et ratio est, qua licet praelatus adjicere penam conventionalem possit, eaque obliget successorem, quando contractus valet, non tamen obligare hujusmodi poena potest, quando adjecta est contractui invalido, vel rescindendo, quippe quae accessoria est ad contractum, et cons. cum eo corruit.

Ad textus in contrarium allegatos dico, illos intelligendos de casu, quo justa causa, et solemnitas intervenit, ut interpretatur Gonzal. *l. cit.*

36

Quaeritur 6. quis sit effectus precariae? Resp. Triplex maxime assignari potest. 1. producit obligationem in constituente ad praestandam patientiam, et relinquendum usum rei, in precarium concessae, usque ad tempus conventum; *c. fin. h. tit. in fin.* An usus personalis solum, sicut in commodato, vel locato, an vero realis, et ususfructus in accipientem per contractum praecariae transferatur, dubium moveri potest, eo quod jura diversimode loquantur. Optime monet clariss. P. Schmier *de pact. et contr. cap.* 3. *n.* 181. respiciendum contrahentium animum, et ex verbis, ac circumstantiis contractus judicandum de usus qualitate.

2. Parit in accipiente obligationem rem diligenter custodiendi *can. saepe* 72. *caus.* 12. *q.* 2. resarciendi damna omnia, probabiliter etiam ex culpa levissima data, *arg. l. si ut certo* 5. §. *nunc videndum ff. commodat.* et petendi renovationem contractus de quinquennio in quinquennium secundum dicta *n.* 31.

37

3. Dat actionem; quia est verus contractus, et pactum vestitum cum juris canonici assistentia, et approbatione. Qualiter vocari haec actio debeat, disputant DD. P. Engl *hic n.* 7. Konig *n.* 15. Schmier *n.* 182. appellant illam *actionem precarium* ex ratione, quia regu-

lariter actiones competentes ex contractibus assumunt nomen sui contractus, ut actio precarii, commodati, depositi etc. Porro actio haec duplex est : una *directa*, quae competit ecclesiae, cujus res in precariam datur, adversus accipientem, et ejus haeredes, ut praestet omne id, quod ex natura contractus est praestandum. Altera *indirecta*, quae competit accipienti, et ejus haeredibus contra dantem, et ejus haeredes, vel successores, ut praestetur id, quod praestari aequum est. Utraque est canonico civilis, personalis, rei persecutoria, bonae fidei, et perpetua.

38

Quaeritur 7. quomodo precariae differant a precario? Resp. Etsi valde affines precario sint, multipliciter tamen ab illo differunt, ut videre est apud Gonz. *in c.* 1. *h. tit. n.* 4. et alios passim. Nam 1. precariae sunt verus contractus, licet in jure civili non ita cognitus; talis non est precarium secundum dicta *n.* 2. 2. precariae locum dutaxat habent in possessionibus, sive rebus soli, et immobilibus, ut dictum est *n.* 27. per precarium vero dari possunt etiam res mobiles, jura, et servitutes, ut monui *n.* 11. 3. precarium non conceditur ad certum tempus, potestque semper revocari; precaria vero ad certum tempus conceditur, nec pro arbitrio concedentis revocari potest. 4. in precario nulla merces intervenire potest, quia est gratuitum; in precaria autem plerumque intervenit merces, seu pensio. 5. in precario nulla est renovatio; nam qui precario ad tempus rogavit, finito tempore etiam precario utitur ex tacita domini voluntate, ut monui *n.* 10. Precariae vero renovandae sunt singulis quinquenniis juxta definitionem *n.* 26. traditam, et dicta *n.* 31. 6. ex precario nonnunquam transfertur possessio; ex precariis vero nunquam possessio quaeritur: 7. in precario praestatur culpa tantum lata, et dolus, ut habetur *n.* 14. in precariis etiam levissima.

39

Quaeritur 8. quomodo contractus precariarum differat a contractu emphyteutico? Resp. Etsi cum hoc contractus precariarum in plerisque conveniat, in multis tamen discrepat, prout videre est apud Gonz. *in c.* 1. *h. tit. n.* 4. Et 1. quidem emphyteusis propter agrorum culturam inventa est, ut essent, qui agros desertos colerent; non ita precariae: 2. emphyteusis ex Zenonis constitutione formam accepit §. *adeo* 3. *inst. de locat.* contractus vero precariarum pluribus sequentibus annis incognitus fuit: 3. emphyteusis concedi solet quacunque ex causa, nec ad quinquennium tantum, vel cum onere renovationis petendae, si concedatur ad longius tempus; at precariae imprimis semper conceduntur ad preces, aliquando remunerationis causa, debentque renovari singulis quinquenniis: 4. em-

phyteusis semper datur cum reservatione pensionis praestandae domino; at precariae plerumque conceduntur gratis.

TITULUS XV.

De commodato.

SUMMARIUM

Precario, et precariae affinis est contractus commodati: idcirco tractationi illius subjicitur. In vernacula nostra explicatur verbo *Entlehnen*, *Leghen*, quod quia amphibologicum est, et in precario etiam, mutuo, et locatione adhibetur, idcirco diligenter ad terminos conversionis attendi debebit, et ex his, aliisque circumstantiis colligi negotii contracti natura.

I

Quaeritur 1. quid sit *commodatum*? Resp. *commodatum* nomen suum accepit a *commodo*; dictum enim est ita, quasi sit *accipientis*

commodo, seu ad usum ejusdem *datum*, ut notat gloss. *in c. un. V. commodatum h. tit.* Duplicem acceptionem in jure habet; nam aliquando sumitur pro ipsa re commodato data, aliquando vero pro contractu, quo aliquid commodato datur; Vall. *hic n.* 1. In hoc secundo sensu definiri potest, quod sit *contractus realis*, *juris gentium*, *nominatus*, *bilateralis*, *bonae fidei*: *quo res ad certum usum, vel tempus gratis ea lege conceditur*, *ut illo finito*, *eadem in specie restituatur.* Ita quoad sensum DD. communiter, et in his gloss. *cit.* Host. *in summ. hic n.* 1. Less. *lib.* 2. *de just c.* 27. *num.* 4, Harpprecht §. *item is* 2. *inst. quib. mod. re contrah. oblig. n.* 2. Gonz. *in c. un. h. t. n.* 1. Haun. *tom.* 4. *de J. et J. tr.* 10. *n.* 715. Illsung. *tr.* 4. *D.* 2. *n.* 388. Vall. *hic n.* 2. Engl. *n.* 1. Pirh. *num.* 1. Konig *n.* 3. Vviest. *n.* 1. clariss. P. Schmier *c.* 3. *de pact. et contract. n.* 53.

2

Dixi 1. *contractus realis*, *juris gentium*, *nominatus*, *bilateralis*, *bonae fidei*, quod evincitur ex §. *item is cit.* §. *actionum* 28. *inst. de action. l. juris gentium* 7. §. *quae pariunt* 1. *ff. de pact. l. in commodato* 17. §. *sicut* 3. *vers. geritur enim ff. commodat. l. obligationes* 1. §. *is quoque* 3. *ff. de O. et A. reg. contractus* 23. *ff. de R. J.*

Dixi 2. *quo res*; nam contractus iste non oritur, nisi res interveniat: et ideo si tantum convenit de libro, aut alia re ad usum concedenda, non commodatum, sed vel stipulatio, vel nudum pactum initum intelligitur; Konig *hic n.* 10.

Dixi 3. *ad usum*, nam in commodato non transfertur proprietas, seu dominium rei in accipientem, imo nec possessio, sed solus usus, manente penes commodantem proprietate simul, et possessione, eaque tam civili, quam naturali; *l. rei* 8. *et l. seq. ff. h. t.*

Dixi 4. *ad certum usum*, e. g. si commodetur liber ad transcribendum, equus ad instituendum iter Augustam etc. Hinc si commodatarius usum, praescriptum in contractu commodati excedat, et re commodata aliter utatur, furtum committit; §. *furtum* 6. *inst. de oblig. quae ex delict. l. si ut certo* 5. §. *quin imo* 8. *ff. h. tit. Excipitur*, si ex probabili quadam causa permotus, putet se voluntate domini aliter, vel diutius uti posse; quia furtum non committitur sine affectu furandi, et volente domino; Menoch. *de arbitr. c.* 298. *n.* 1.

3

Dixi 5. *ad certum tempus*, videlicet aut expresse definitum, v. g. ad mensem, vel annum, aut tacite, ut cum equus commodatur ad iter instituendum Augustam; nam res commodato conces-

sa intelligitur ad illud tempus, quod prudentis arbitrio ad finem commodati consequendum necessarium est; Molin. *tr.* 2. *D.* 294. *n.* 6.

Dixi 6. *gratis conceditur*; nam commodatum gratuitum esse debet §. *item is* 2. *vers. gratuitum. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* Et hinc si pro certa mercede res utenda concedatur, non amplius est commodatum, sed si quidem pro pecunia, in locationem migrat; si vero pro aliquo alio, contractus innominatus fit; *Do*, *ut des*, vel *facio*, *ut facias.* In dubio commodatum non praesumitur, praesertim in hominibus plebeis, qui raro aliquid gratis, aut ex mera benevolentia praestant, sed ubi lucellum habere possunt.

Dixi 7. *ea lege*, *ut tempore finito*, *pro quo concessa res est*, *eadem in specie restituatur*, quia sicut ante usum, et tempus illud expletum, ad quod concessa res est, res commodata revocari a domino nequit, ita illo expleto restitui debet eadem in specie, et individuo, quae data est; *l. mutuum* 2. *princ. ff. de reb. credit.*

4

Quaeritur 2. quaenam requirantur ad substantiam commodati? Resp. 1. Ut is, qui rem commodat, eam alteri tradat utendam; §. *item is cit. l. obligamur* 52. *junct.* gloss. *ibid. V. re*, *et verbis.* 2. Ut accedat utriusque contrahentis consensus; *l. hujus* 1. § *adeo ff. de pact.* 3. Ut rei commodatae dominium, sive proprietas maneat penes eum, qui dedit; *l. rei* 8. *et l. seq. ff. h. tit.* 4. Ut reddatur eadem res in specie; §. *item is cit.* 5. Ut commodatum gratis, nulla accepta mercede, detur; §. *item is cit. vers. commodata* 6. Ut commodatum ad aliquem certum, et specialem usum, et ad aliquod tempus certum expresse, vel tacite detur; *l. in commodato* 17. §. *sicut* 3. *ff. h. tit.* Ex quo patet differentia a ceteris conventionibus, et contractibus.

5

Nam *a precario* differt: 1. Quod precarium sit concessio ad nutum revocabilis; non item commodatum, utpote quod ante praefixum tempus revocari non potest. 2. In precario conceditur res ad usum incertum; res vero commodata ad usum certum. 3. In contractu precarii, licet non dominium, transfertur tamen possessio in accipientem; in commodato tam dominium, quam possessio, etiam naturalis penes commodantem manet. 4. In precario praestatur tantum dolus, et culpa lata; in commodato levis, et levissima; Azor. *p.* 3. *l.* 7. *de commod.c.* 1. *q.* 2. Gonz. *in c. un. h. tit. n.* 8. Engl. *hic n.* 3.

6

A mutuo 1. quia in mutuo rei datae dominium in accipientem transfertur; in commodato dominium commodans retinet. 2. Mutuum

non conceditur ad usum, sed potius ad abusum, seu consumptionem, cum res, quae mutuo datur, talis esse debeat, ut usu consumatur; e contrario res commodata non consumitur, sed custodiri integra debet. 3. In mutuo solum restituitur genus; in commodato restituenda est species. 4. Si res commodata casu fortuito sine culpa commodatarii pereat, is non tenetur ad aliquam restitutionem, cum res pereat suo domino; at mutuatarius ad refusionem tenetur, etsi res mutuata absque illius culpa perierit. 5. In mutuo datur res fungibilis, v. g. pecunia, triticum, vinum etc. in commodato res aliae non fungibiles etc. Azor. *q.* 2. *cit.* Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 14. *n.* 1. Vall. *hic n.* 2. Engl *n.* 3. Konig *n.* 11.

7

A pignore, *et deposito*; quia in commodato res ad usum conceditur; in deposito ad custodiam, in pignore ad securitatem praestandam creditori de solutione debiti: et hinc si aut creditor pignore, aut depositarius re apud se deposita utatur invito domino, furtum committunt; §. *furtum* 6. *inst. de oblig. quae ex delict.* Azor. Laym. Konig. *l. cit.*

A locatione; quia in hac res non gratis, ut in commodato, sed pro certa mercede conceditur; §. *item is* 2. *vers. commodata inst. quib. mod. re contrah. obl.* Molin. *tr.* 2. *D.* 292. *n.* 1. *et* 2. Illsung. *tr.* 4. *D.* 2. *n.* 388. Pirh. *hic n.* 1. Vviest. *n.* 5. cum aliis *supra.*

8

Quaeritur 3. quaenam res commodari possint? Resp. Commodari possunt 1. res non tantum mobiles, sed etiam immobiles, ut domus, stabulum etc. *l. ait. praetor* 1. §. *hujus* 1. *ff. h. tit.* Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 14. *n.* 1. Harpprecht §. *item is* 2. *inst. quib. mod. er. contr. obl. n.* 13. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 716. *et* 722. Engl *hic n.* 2. Konig *n.* 7. 2. Res non tantum profanae, et temporales, sed etiam sacrae, et ecclesiasticae. Sacrae tamen non nisi ad usus sacros, ecclesiasticae autem, si immobiles, aut mobiles pretiosae sint, et agatur de commodandis ad decennium, vel tempus decennio longius, non aliter, quam adhibitis solemnitatibus *tit. praec. a n.* 72. enarratis; Azor. *p.* 3. *l.* 7. *de commod. c.* 4. *q.* 3. Laym. Konig *l. cit.* 3. Res non tantum, quae usu non consumuntur, sed etiam, quae fungibiles dicuntur, et usu ipso statim consumuntur, si ad pompam, et ostentationem, non etiam ad proprium usum quis eas accipiat; *l. sed mihi* 3. §. *fin. ff. h. tit.* tunc enim dans pecuniam, vel aliam ejusmodi rem fungibilem, possessionem illius, ac dominium retinet. Contra fit, si is, cui datur, accipiat hujusmodi res ad usum, qui proprius his rebus est; cum enim usu isto statim consumantur, non commodatum, sed mutuum erit; Azor. *q.* 4. Harpprecht *n.* 5. Haun.

n. 723. Engl *n.* 3. Konig *n.* 8. 4. Res non tantum corporeae, seu jura, servitutes, reditus annui; gloss. *in c. un. V. commodatum h. tit.* Azor. *c.* 4. *cit. q.* 1. Haun. *n.* 716. *et* 724. Engl *hic n.* 2. Konig *n.* 7. Pirh. *n.* Vviest. *n.* 6.

9

An etiam res alienae valide in contractum commodati veniant, difficultas moveri potest. Videtur respondendum negative; quia commodatum dicitur esse species quaedam beneficii; *l. in commodato* 17. §. *sicut* 3. *ff. h. tit.* ex alieno autem siquis aliquid largiatur, furtum committit; *l. si pignore* 54. §. *cum qui* 1. *ff. de furt. conf.* nam ex improbitate sua nemo sibi actionem furti acquirit; *l. itaque falso* 12. §. *sed furti* 1. *ff. eod.* igitur multo minus habebit actionem commodati, quae bonae fidei est.

Sed respondendum est affirmative propter *l. commodare* 15. *et l. seq. ff. h. tit.* ubi furibus, praedonibus, et aliis iniquis rei alienae possessoribus *actio commodati* tribuitur, ad hunc sc. effectum, ut ea commodatarius compellatur ad rem commodatam, licet aliena sit, restituendam; Faber *in ration. ad l.* 16. *ff. h. tit.* Brunnem. *ad l.* 15. *teod.* Harppr. *ad* §. *item is* 2. *inst. quib. mod. re contrah. oblig. n.* 14. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 721. Konig *hic n.* 6. *Ratio est*, quia bona fides requirit, ut rem commissam recipiat is, qui dedit. *Conf.* nam res deposita, quamvis male quaesita, si dominus ad repetendam eam non concurrat, furi, atque praedoni restitui debet, et hoc ob bonam fidem, quae in depositi contractu exigitur; *l. bona fides* 31. §. *incurrit* 1. *ff. deposit.* igitur idem dicendum in contractu commodati, cum non sit ratio, cur in contractu commodati, qui similiter bonae fidei est, diversum obtineat.

10

Procedit autem hoc solum in foro externo; nam secundum conscientiam commodare nequit possessor malae fidei, cum domino restituere naturali jure compellatur; Azor. *p.* 3. *l.* 7. *de commodat. c.* 4. *q.* 2.

Ad rationem dubitandi nulla est implicantia, ut quis acquirat actionem commodati, et tamen committat furtum, quandoquidem et fur acquirit actionem depositi, tametsi rem furtivam deponat; *l. depositum* 1. §. *si praedo* 39. *ff. deposit. Ad conf.* actionem commodati fur, et praedo, si causam proximam, et immediatam respicias, ex contractu bona fide inito, non vero ex improbitate sua consequitur, non enim ideo rem, ad usum a se concessam alicui, sibi restitui desiderat, quod eam rapuerit, sed ideo quod commodaverit, et usus elapso forte tempore praefinito extinctus sit.

11

Quaeritur 4. quis commodare possit? Resp. Possunt omnes, et soli, qui contrahere; Azor. *p.* 3. *l.* 7. *de commod. c.* 3. *vers. praeterea. Proceditque hoc* 1. sive is, qui commodat, sit sui, sive alieni juris, ut servus, filiusf. 2. Sive bonae, sive malae fidei possessor sit; nam etiam fur rem furtivam commodans alteri actionem commodati habet, ut dictum est *n.* 9. et 10. 3. Sive sit dominus rei, quae commodato datur, sive usumfructum duntaxat, servitutem, aut jus aliud, e. g. habitationis in re illa habeat; nam etiam iste commodare potest; Azor. *l. cit.* 4. Sive proprio nomine administret, sive alieno; nam commodare potest jam praelatus, et oeconomus res ecclesiae, quas administrat; Host. *in summ. h. tit. n.* 4. Sylv. *V. commodatum q.* 2. Pirh. *n.* 2. adhibitis tamen solemnitatibus, si res commodata sit immobilis, vel mobilis pretiosa, ut dixi *supra n.* 8.

12

Contra commodare nequeunt 1. Infans, et furiosus; quia judicium, et voluntatem non habent; §. *sed quod diximus* 10. *inst. de inutil. stipul. l. nec in furiosum* 2. *ff. h. tit. l. furiosi* 40. *ff. de R. J.* 2. Impuberes sine authoritate tutoris; *l. ait praetor* 1. §. *impuberes* 2. *ff. h. tit. l. obligari* 9. *pr. ff. de auth. et consens. tutor. l. obligari* 43. *ff. de O. et A.* 3. Religiosus sine consensu sui superioris, in cujus voluntatem suam voluntatem transtulit; *can. non dicatis* 11. *caus.* 12. *q.* 1. *c. fin. de testam. in* 6. 4. Uxor res viri sui, nisi ex praesumpta ejus licentia. Quodsi commodaverit inscio, et invito marito, et res per illam commodata perierit, tenetur eam compensare in dote; *l. si constante* 24. §. *si uxor* 6. *ff. solut. matrim.* Si non petierit, maritus rem inscio, aut invito se commodatam revocare potest immediate, licet tempus, ad quod per uxorem commodata est, necdum elapsum sit; Konig *hic n.* 5.

13

Quaeritur 5. quis commodatum possit accipere? Resp. Accipere possunt omnes illi, qui ex contractu possunt saltem naturaliter obligari; Azor. *p.* 3. *l.* 7. *de commod. c.* 3. *fin.* Hinc commodato accipere potest etiam pupillus, et minor sine consensu tutoris, et curatoris; quia sine horum authoritate possunt ea, quae cedunt in propriam ipsorum utilitatem; *princ. inst. de author. tutor.* Ac idcirco obligatur commodans, ut rem pupillo, vel minori commodato datam non revocet ante tempus, et usum completum; alias conveniri poterit actione commodati. In pupillum actio commodati contraria non datur; datur tamen actio ad exhibendum, et rei vindicatio, sicut contra furiosum; *l. nec in furiosum* 2. *ff. h. tit. l. furiosus* 46.

ff. de O. et A. et ratio est, quia valde iniquum esset, eum, qui tenet rem alienam, nulla actione teneri, propterea quod is justae aetatis non sit, vel non sit sanae mentis; Harppr. *ad §. item is* 2. *n.* 10. *inst. quib. mod. re contrah. oblig.*

14

Dubitatur, an si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem commodavero, commodatum subsistat? Videtur non subsistere; quod desit intentio ex parte domini putatitii, cum putem esse servum, cum quo scio non posse a me iniri contractum. Sed expedienda res ope distinctionis est: aut enim liber ille homo ignarus conditionis suae est, aut non. *Priori casu* commodatum non subsistit, sed ad innominati contractus naturam, quam proxime accedit. *Posteriori* vero casu vires obtinet; *l. is, qui commodatum* 13. §. *si libero homini* 2. *ff. h. tit.* Harpprecht §. *item is cit. n.* 12. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 720. *Argumentum contrarium* solvit *l. cit. in fin.* ubi Pomponius *nec obstat*, inquit, *quod non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis serviret, contraheremus, quasi eum obligatum habituri; plerumque enim id accidit, ut extra id, quod ageretur, tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur.*

15

Quaeritur 6. quae obligatio ex contractu commodati nascatur ex parte commodantis? Resp. Triplex maxime ex parte istius nascitur obligatio. 1. Ut rem commodatam non revocet ante tempus, et usum finitum, ut patet ex *c. un. h. tit.* quia, ut *ibidem* dicitur, *non decipi beneficio nos oportet, sed juvari.* Concordat *l. in commodato* 1. §. *sicut* 3. *ff. h. tit.* ubi Paulus JCtus ait, commodatum quidem ab initio, i. e. ante quam contractum sit, *esse voluntatis*, i. e. pendere ex libero arbitrio commodantis, sed contractum *esse necessitatis*; quia sc. repeti res commodata, nisi expleto usu, non potest; Vall. *n.* 2. *hic.* 2. Ut reparet damna, quae commodatario provenerunt ex re commodata per dolum, vel culpam latam commodantis, ut si sciens vasa vitiosa commodavit, et vinum, vel oleum infusum corruptum, effusumve est; aut si scienter commodaverit servum furem, et is commodatario furtum fecerit; *l. in rebus* 18. §. *item qui* 3. *l. si servus* 22. *ff. h. tit.* Konig *n.* 16. 3. Ut refundat expensas, in rem commodatam a commodatario factas, intellige, si extraordinariae illae sint, et graves; nam ordinariae, quae ad cujusque rei naturam requiruntur, et sine quibus rei usus haberi non potest, ad commodatarium pertinent, nec a commodante repeti possunt; *l. in rebus cit.* §. *possunt* 2. Harpprecht *ad* §. *item is cit. a n.* 66. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 14. *n.* 3. Vall. *hic n.* 4.

16

Dub. 1. an commodans possit revocare rem commodatam ante tempus in casu aliquo extraordinario, quo commodans, si revocationem non faceret, pateretur damnum aequale, vel majus, et antea non praevisum? Negant aliqui cum Navarr. *Man. c.* 17. *n.* 182. et videtur istud posse probari 1. ex *reg. mutare* 33. *in* 6. quia *mutare consilium quis non potest in alterius detrimentum*: quod fieri posset, si ex tali causa rem commodatam commodans revocaret. 2. Quia non oportet nos beneficio decipi, sed adjuvari; *c. un. h. tit.* deciperetur autem commodatarius, si licita esset revocatio ante tempus. 3. In contractibus nominatis, iis completis, non datur amplius locus poenitentiae, ut in terminis de commodato habetur; *l. in commodato* 17. §. *sicut* 3. *ff. h. tit.* 4. Donatio executioni data non potest revocari, etsi postea casus eveniat, quo donans aeque indiget, aut magis, quam donatarius. Ergo nec commodatum. 5. Per commodati contractum res jam est applicata alteri, ut proin ab eo sine injuria avocari nequeat.

17

Sed his non obstantibus, melius dicitur, tali casu revocationem commodanti permissam esse. Ita Angel *V. commodatum* §. 4. Azor. *p.* 3. *l.* 7. *de commod. c.* 8. *q.* 2. Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 294. *n.* 12. Less. *l.* 2. *c.* 27. *n.* 18. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 14. *n.* 3. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 759. Vvidmont. *de contract. tit.* 3. *n.* 4. Illustr. D. Baro Schmid *ad statut. Bavar. tit.* 17. *art.* 1. *n.* 7. Pirh. *hic n.* 11. *in fin.* Konig *n.* 17. Vviest. *n.* 19. clariss. P. Schmier *de pact. et contr. c.* 3. *n.* 75. *Ratio est*, quia commodans ad plus non tenetur, quam ad quod se voluit obligare, non autem censetur habuisse voluntatem obligandi se ad talem casum, cum in dubio quisque sibi magis, quam alteri consulere velle praesumatur. *Conf.* a paritate cum locatione; nam locatori ex casu non praeviso aedes alias, quas incolat, non habenti, permissum est conductorem ex aedibus locatis ante tempus expellere; *l. aede* 3. *C. de locat. et conduct.* ergo multo magis revocare commodatum in aliquo casu extraordinario commodans poterit; nam a locatore aedes pretio conductae, non, ut res commodata, gratia concessae sunt.

18

Procedit autem hoc solum casu, quo commodans propriam necessitatem non praevidit, et si praevidisset, praesumitur non fuisse commodaturus in talem casum; nam si praevidit, vel etsi non praeviderit, habitualiter tamen ita fuit constitutus, ut nihilominus commodaturus fuisset, etsi necessitatem praevidisset, non poterit revocare etiam propter aequalem, aut majorem suam indigentiam, et

necessitatem, prout omnes facile concedunt: et ratio est manifesta; quia in tali casu censetur damnum subire voluisse in gratiam commodatarii.

19

Argumenta opposita facilem patiuntur solutionem. *Ad* 1. Commodans, si tali casu commodatum revocet, in rigore non mutat consilium suum; quia commodando non habuit voluntatem rem commodatam nullo casu revocandi, sed tantum cum clausula, *nisi in casu aliquo extraordinario re commodata ipse aeque, vel magis, quam commodatarius indigeret. Ad* 2. non decipitur commodatarius, quia damni, quod patitur, causa directa non datur, sed per accidens; alias nec donatio ob supervenientem prolem revocari posset, et deberet evictio praestari a donante, si is bona fide rem alienam donavit. *Ad* 3. non datur in tali revocatione poenitentia, sed expletur conditio, sub qua dominus voluit initio statim contractus rem esse penes commodatarium. *Ad* 4. negatur paritas; nam per donationem, si simul accedat rei donatae traditio, transfertur ejusdem dominium in donatarium. Igitur mirum non est, quod ea firma sit, et revocari nequeat extra casus jure expressos. At in locatione, et commodatione non dominium, sed jus usus transfertur, ad tempus quidem, sed cum conditione tacite intellecta, *nisi revocationem major, vel aequalis necessitas urgeat.* Ergo posita tali necessitate, libere revocari poterit. *Ad* 5. patet ex dictis; nam res commodata applicata commodatario est non absolute, sed conditionate tantum.

20

Dub. 2. utrum commodans rem commodatam revocare possit, si tempus quidem, quod usui expresse, vel tacite praefinitum fuit, sit elapsum, commodatarius vero re commodata intra illud citra suam culpam uti non potuit? *Rationem dubitandi* movet Abb. *in c. un h. tit. n.* 7. quia, ut ex textu habetur, et ex infra dicendis *n.* 31. constabit, casus fortuitus non nocet commodatario, et dominus rei commodatae deberet esse contentus, si eam omnino non reciperet. Ergo multo magis contentus esse debet, si serius, quam conventum est, citra culpam tamen commodatarii rem suam recipiat.

Sed tenenda est sententia affirmativa, quam etiam defendunt Abb. *l. cit.* Bartol. *in l. in commodato* 17. §. *sicut* 3. *ff. h. tit n.* 6. Knipschild *exerc. acad.* 3. *q.* 7. *pag.* 103. *et seq.* Harprecht *ad* §. *item is* 2. *inst. quib. mod. re contr. oblig. n.* 67. Illustr. D. Baro Schmid *ad statut. Bavar. tit.* 17. *art.* 1. *n.* 8. Konig *hic n.* 18. *cit. Ratio est* 1. quia concessa ad tempus tempore elapso extinguuntur; et quod permissum est ad terminum determinatum, postea censetur negatum. 2. Quia commodatarius non habet jus uten-

di re commodata, nisi ad modum, et normam praescriptam a commodante, cui sicut liberum est commodare, vel non commodare, ita etiam liberum est commodato modum, et formam praescribere; *l. in commodato* §. *sicut cit.* 3. Quia commodans certat de damno vitando, commodatarius de lucro captando: explorati autem juris est, prioris conditionem meliorem esse; *arg. l. verum* 11. §. *item quaeritur* 6. *de minor.*

Ad rationem dubitandi dico, casum fortuitum in hac contingentia potius imputandum commodatario, cum potius jus habeat commodans. Certe vi commodati iste ad aliud obligari non potest, quam ad quod sponte per consensum se obligavit, obligavit autem se ad tempus certum, et hoc tempus prorogare impedimentum commodatarii nequit: ergo etc.

21

Quaeritur 7. quae sit obligatio commodatarii? Resp. 1. curare solerter debet, ne utendo re sibi commodata, ea damnum aliquod patiatur, et sic beneficium, quo a commodantis favore fruitur, in hujus detrimentum cedat. 2. Expleto usu, et tempore, pro quo res commodata est, reddere illam debet, etiam domino non exigente; quia statuta dies pro homine interpellat; *l. magnam* 12. *C. de contrah. stipul.* 3. Reddere illam debet integram, prout eam a commodante accepit; quia quando deterior redditur, proprie, et bona fide reddi non videtur; *l. sed mihi* 3. §. *si reddita* 1. *l. in rebus* 18. §. *sive autem* 1. *ff. h. tit.* 4. Reddere etiam debet cum fructibus, et accessoriis v. g. si equus commodatus est, restituere eum debet cum pullo; *l. si ut certo* 5. §. *usque adeo* 9. *ff. h. tit.* quia quae accessionis jure veniunt, ejus sunt, cujus est ipsum principale; *l. cum aurum* 19. §. *perveniamus* 13. *ff. de aur. argent. legat.* et inter ipsos contrahentes actum censetur, ut quod ex re commodata natum est, in eadem causa, in qua res commodata, habeatur; *l. quam vis* 10. *ff. de precar.* 5. Si res culpa commodatarii fuit perempta, vel deterior reddita, tenetur commodatarius (juxta distinctionem tradendam *n. seq. etc.*) praestare domino aestimationem rei peremptae, vel non apparentis, aut si perempta, vel deperdita non sit, sed deterior facta, pretium deteriorationis, h. e. quanti deterior ea reddita est; §. *si reddita cit.* neque enim, si pro ea perempta, vel deteriorata alia similis commodanti offeratur, iste eam recipere cogitur, cum invito aliud pro alio solvi non possit; *princ. inst. quib. mod. toll. oblig. l. in commodato* 17. §. *fin. ff. h. tit.*

22

Dub. 1. quam culpam praestet commodatarius? Videtur universaliter solum praestandam ab ipso culpam levem: quod desumitur 1.

ex §. *item is 2. vers. at is*, *qui inst. quib. mod. re contr. oblig.* ubi in commodatario solum exigitur *diligentia exacta*. 2. Ex *l. si ut certo* 5. §. *custodiam* 5. *ff. h. tit.* ubi Ulpianus *diligentem* duntaxat *custodiam*, non diligentissimam a commodatario desiderat. 3. Ex *l. custodiam* 3. *ff. de peric. et commod. rei vendit.* ubi Paulus in haec verba respondit, *custodiam venditor talem praestare debet*, *quam praestant hi*, *quibus res commodata est.* Atqui venditor non tenetur praestare culpam levissimam. 4. Ex *l. si cum venderet* 13. §. *venit* 1. *ff. de pignor. act.* ibi, *venit autem et in hac actione*, *et dolus*, *et culpa*, *uti culpa*, *uti in commodato*; *venit*, *et custodia* : *vis major non venit.* Ex quo textu sic licet arguere : juxta hunc textum eaedem praestationes dantur in commodato, quae in pignore. Sed in pignore, quia utriusque gratia accipitur, levissima culpa non praestatur. Ergo nec in commodato. 5. Ex *l. precarium* 1. §. *fin. ff. de precar.* ubi precarium, et commodatum dicuntur similia : atqui in precario secundum dicta *tit. praec. n.* 14. *et* 15. non praestatur culpa levissima, sed neque levis, sed tantum levissima.

23

Sed distinguendum est inter varios commodandi modos : nam aliquando res commodatur in gratiam tam commodantis, quam commodatarii, aliquando in gratiam solius commodantis, aliquando denique, et plerumque in gratiam solius commodatarii. *Si primum*, praestatur culpa lata, et levis, non vero levissima, ut recte glos. *in c. un. h. t. V. de levissima.* Azor. *q.* 3. *l.* 7. *de commod. c.* 7. *q.* 1. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 14. *n.* 2. Gonz. *in c. un. cit. n.* 8. Harp. *ad* §. *item is* 2. *inst. quib. mod. re contr. oblig. n.* 31. *et seq.* Haun. *to.* 4. *tr.* 10. *n.* 226. Illsung. *tr.* 4. *D.* 2. *n.* 391. Zoes. *hic n.* 2. Engl. *n.* 7. Pirh. *n.* 6. Konig. *n.* 6. Vviest. *n.* 13. et habetur *l. in rebus* 18. *princ. vers. at si utriusque* junct. glos. *V. aestimatio ff. h. t. Si secundum*, praestatur dolus tantum, et culpa lata, quae dolo aequiparatur, ut praeter *cit.* advertunt Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 295. *n.* 1. Pal. *tr.* 32. *D.* 3. *p.* 6. *n.* 3. Vall. *hic n.* 3. et constat *ex l. si ut certo* 5. §. *interdum* 10. *ff. h. t. Si tertium*, praestatur culpa etiam levissima, ut cum relatis notat magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *inst. quib. mod. re contrah. oblig. q.* 20. et statuitur expresse *c. un. h. t. l. in rebus cit. princ. l. obligationes* 1. §. *ille quidem* 4. *vers. is vero ff. de O. et A.*

24

Ratio horum omnium est, quia quo majus est beneficium, eo magis cavendum est accipienti, ne in dantis injuriam, aut damnum cedat. Atqui in casu tertio maximum beneficium accipiens obtinet,

in primo minus, quam in tertio, in secundo beneficium non tam accipit, quam praestat. Igitur cum decrescere obligatio debeat pro ratione beneficii accepti, ubi commodatio cedit in gratiam solius accipientis, praestanda erit culpa levissima; ubi vero in gratiam utriusque, levis; ubi denique in gratiam solius dantis, lata tantum, et dolus. *Excipitur*, nisi commodatarius sit pupillus, aut minor; iste enim sine tutoris, vel curatoris consensu commodatum accipiens, quamvis istud in ipsius solius gratiam cedat, commodanti tamen non tenetur, nisi ipsius dolo, vel culpa lata interierit res commodata, aut deterior facta sit, vel quatenus inde locupletior factus est; *l. ait praetor* 1. §. *impuberes* 2. *ff. h. t.* Pal. *tr.* 32. *D.* 3. *p.* 6. *n.* 3. Illsung. *tr.* 4. *D.* 2. *n.* 391. Vvies. *hic n.* 15.

25

Demonstratur res per exempla. Sic enim 1. *gratia utriusque* commodatum censetur, quando hospitio, vel convivio excipiendus est communis amborum amicus, et ut digne habeatur, unus istorum ab altero illorum commodata accipit vasa aurea, et argentea, tapetes etc. et hinc siquid istorum petierit, commodatarius praestabit culpam levem; *l. in rebus* 18. *princ. vers. at si utriusque* 2. *Gratia dantis* commodatum reputabitur, siquis sponsae suae aut uxori commodavit ornamenta, quo honestius culta ad se deduceretur; siquis jurisperito gratis causae suae patrocinium recipienti, vel consilium concipienti commodavit libros; siquis populo exhibiturus ludos, scenicis, quos ad id assumit, tradit res ad repraesentandum necessarias; nam si res istae vitium fecerint, commodatarius culpam solummodo latam praestabit; *l. si ut certo* 5. §. *interdum* 10. *ff. h. t.* 3. *Gratia solius accipientis* datum reputabitur, siquis, ut dignius compareat in actu publico, torquem aureum accipiat commodatum ab eo, cujus nihil interest, quam decore compareat; nam si quacunque accipientis culpa, dum vel retinetur a commodatario, vel ad commodantem post usum expletum remittitur, interierit, damnum ad commodatarium pertinet; *l. eum qui* 10. §. *si rem* 1. *vers. sed et si*, *et duabus seq. ff. h. t.*

26

Neque aliud probant argumenta *n.* 22. allata. *Ad* 1. dici debet ibi positivo tribuendam vim superlativi, ut lex ista concilietur cum *l. obligationes cit.* ubi custodiendae rei commodatae praecipitur adhiberi *diligentia exactissima*. *Ad* 2. idem dicendum est: quod etiam verba *l. cit.* indicant, ibi *custodiam plane diligentem*, h. e. diligentissimam. *Ad* 3. *lex cit.* ut notat Harpr. *ad* §. *item is* 2. *inst. quib. mod. re contr. obl. n.* 29. referenda est ad casum *l. hoc ita* 2. §. *custodiam* 1. *ff. eod.* ibi autem agitur de casu, quo emptio et venditio nondum omnino perfecta est, quod vinum, ad mensuram venditum,

nondum admensum sit. Hoc autem casu venditor etiam culpam levissimam praestat. *Ad* 4. imprimis verba illa, *ut in commodato*, non sunt referenda ad illa priora, *dolus*, *et culpa*, sed ad posteriora *venit et custodia.* Deinde dici potest, Ulpianum in eo textu agere de commodato, utriusque causa celebrato, quo casu recte procedit aequiparatio commodati, et pignoris, et utroque casu dolus, et culpa lata praestabuntur; Gonz. *in cap. unic. h. t. n.* 9. *Ad* 5. patet disparitas ex dictis *tit. praec. n.* 24.

27

Dub. 2. an hujusmodi culpam levissimam praestare commodatarius debeat etiam in foro conscientiae? *Ratio dubitandi est*, quia jure naturali nemo tenetur majorem diligentiam adhibere in rebus alienis, quam ejusdem conditionis homines adhibere solent in rebus propriis; nec enim in re aliena conservanda aliquis debet esse diligentior, et circumspectior, quam ipse dominus fuisset futurus in sua. Atqui homines circa res proprias, nisi sint valde pretiosae, adhibere solent diligentiam solum exactam. Ergo et commodatarius in re aliena tantum ad exactam tenetur: imo ne ad hanc quidem semper, sed tantum tunc, quando diligentia omissa est cum dolo, vel culpa lata, quae culpam theologicam arguit.

28

Verum etsi hoc ita sit, praescindendo a legis civilis, et canonicae dispositione, tamen hac posita dicendum, quod probabilius ex natura ipsius contractus commodatarius obligetur ad praestandam culpam etiam levissimam in foro conscientiae, et ante omnem sententiam judicis, quamvis in damno dato nullum peccatum, seu culpa theologica intervenerit. Ita Azor *p.* 3. *l.* 7. *de commodat. c.* 7. *q.* 1. Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 295. *n.* 11. Less. *l.* 2. *c.* 7. *n.* 40. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 8. *n.* 2. Barb. *in c. un. h. t. n.* 2. *et* 5. Illsung *tr.* 4. *D.* 2. *n.* 3. Estque teste Pirh. communis DD. *Ratio est*, quia commodatarius implicite se obligat ad eam diligentiam praestandam, quam leges requirunt. Igitur si illam non adhibet, quamvis ex mera oblivione et sine peccato, nihilominus in conscientia obligabitur damnum illatum resarcire. *Conf.* quia aequitas postulat, et gratitudo, ut is, qui gratis re alterius utitur in suam utilitatem tantum, summam diligentiam adhibeat, ne pereat, vel deterior fiat. Obligatio autem gratitudinis est naturalis, et in conscientia: ergo etc.

29

Dixi autem, *posita lege exigente diligentiam exactissimam*: ex quo sequitur, leges istas, quae commodatarium adstringunt ad reparationem damni, culpa levissima dati, non esse mere poenales; quia his suppositis, obligatio ista oritur ex contractu implicito, cons. est

justitiae commutativae. Addidi *probabilius*; nam opposita sententia in praxi adhuc probabilis est; quia ut tradit Lugo *tr.* 1 *de just. D.* 8. *sect.* 8. *n.* 110. leges istae non videntur esse in eo rigore receptae: imo; ut notat Pirh. *l. cit.* non solum in foro conscientiae, sed etiam in foro externo usu receptum videtur, ut reparatio damni semper, vel plerumque non nisi ob culpam latam, non vero levem, aut levissimam a contrahentibus peti soleat.

30

Ad rationem dubitandi patet ex dictis: nempe obligatio reparandi damnum, ex culpa levissima datum, non oritur immediate ex jure naturali (quamvis ex eo sumatur ratio congrua) sed ex jure positivo, juxta quod cum censeantur omnes velle contrahere , hinc in obligationem istam consentiunt, et hoc consensu posito , demum obligatio naturalis, sicut ex omni alio contractu surgit. Porro quod hic de commodato dictum est, etiam procedit de aliis contractibus, in quibus ex dispositione juris praestari debet culpa levis, aut levissima.

31

Quaeritur 8. an teneatur commodatarius praestare casum fortuitum, ut si res commodata apud ipsum pereat incendio ex fulmine orto, naufragio, vel hostium incursu? Resp. eo casu res domino suo perit, aut deterioratur *arg. l. pignus* 9. *C. de pignorat. act.* ac proinde commodatarius jure communi regulariter non obligatur illum casum praestare. Ita expresse decisum est *c. un. h. t. l. si ut certo* 5. *§. quod vero* 4. *l. in rebus* 18. *pr. ff. eod. l. contractus* 23. *fin. ff. de R. I. l. obligationes* 1. *§. et ille* 4. *vers. is vero ff. de O. et A. l. quae fortuitis* 6. *C. de pignor. act.* et docent Azor *p.* 3. *l.* 7. *de commodat. c.* 7. *q.* 2. Harpr. *ad §. item is* 2. *inst. quib. mod. re contr. oblig. n.* 33. Haun. *to.* 4. *de I. et I. tr.* 10. *n.* 728. Engl. *hic n.* 9. Konig *n.* 21. Idque locum habet etiam in precario, et aliis similibus contractibus non translativis, ut constat ex *l. contractus cit.* ubi dicitur: *animalium casus, mortes, quaeque sine culpa accidunt, - - - a nullo praestantur. Ratio est*, quia, cum ejusmodi casus vis major sit, quam ut ab aliquo praevideri, vel praecaveri possint , aequitas non patitur, ut a contrahentibus regulariter praestentur *l. quae fortuitis cit.* Dixi autem *jure communi*; nam jus provinciale bavaricum commodanti magis favet, dum permittit , commodatarium , in cujus solius gratiam res commodata est , compelli posse ad transactionem de damno judicis arbitrio ineundam , etsi illud sine omni ejusdem culpa ex casu mere fortuito secutum sit, prout habetur *Landrecht tit.* 17. *art.* 1. *vers. dab mo uber all sein gevuhrlichen Fleib*, et notat Haun. *tom.* 4 *tr.* 10. *n.* 729. Chlingensperg *ad inst. tit.*

quib. mod. re contr. oblig. q. 25. *ad ob.* 1. illstr. D. Baro Schmid *ad stat. bavar. art.* 1. *cit. n.* 13. P. Vviest. *hic n.* 11. Addidi *regulariter* non enim hoc procedit in omni casu. Et hinc,

32

Dub. 1. quibus casibus commodatarius teneatur etiam de casu fortuito? Resp. *C. un. h. tit.* tres casus ponuntur. 1. si culpa praecessit, ex qua secutus est infelix casus, ut siquis equum tibi commodavit, ut illo equitares ad villam, tu vero duxisti illum ad bellum; nam si in hoc occidatur equus, debes damnum integrum resarcire commodanti *l. si ut certo* 5. §. *sed interdum* 7. *ff. hoc tit.* 2. si ab initio ita conventum est, et commodatarius periculum eventus fortuiti, praesertim certi, et determinati in se suscepit; *l. si ut certo cit.* §. *nunc videndum* 2. *l. contractus* 23. *ff. de R. J.* quia contractus legem ex conventione accipiunt, ut dicitur *l. depositum* 1. §. *si convenit* 6. *ff. depositi.* 3. si commodatarius post usum, et tempus expletum fuit in culpabili mora restituendi; quia *mora sua cuilibet est nociva*: et confirmatur; nam ex mora illa, veluti causa, secutus est interitus, vel alius infelix eventus rei commodatae; qui autem est causa damni, damnum dedisse censetur, ideoque illud resarcire debet. Videatur Azor *p.* 3. *l.* 7. *de commod. c.* 7. *q.* 3. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *cap.* 14. *n.* 2. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 731. Gonz. *in cap. un. h. tit. n.* 2. illustr. D. Baro Schmid *ad art.* 1. *cit. n.* 11. *et seq.* Vall. *hic n.* 3. Engl *n.* 9. Pirh. *n.* 8. Konig *n.* 21. Vviest. *n.* 11.

33

Dub. 2. quando in commodato, et aliis contractibus ob moram casus fortuitus praestari non debeat? Resp. Tres communiter referuntur casus excepti. 1. si commodatarius habuit justam causam differendi restitutionem rei commodatae, ut quia legitime impeditus est, quo minus constituto tempore restitueret; vel quia bona fide existimavit, se non debere, et ideo litigavit; *l. illud* 40. *princ. ff. de haeredit. petit. l. utique* 16. *ff de R. V. l. de eo* 12. §. *si post* 4. *ff. ad exhibend.* quibus textibus statuitur sic litigantem, etsi post litem contestatam res casu fortuito apud ipsum pereat, non teneri ad damnum praestandum: et ratio est, quia qui sine dolo malo ad judicium provocat, non censetur moram facere. *Neque obstat*, quod *post litem contestatam omnes incipiant malae fidei possessores esse*, ut dicitur *l. sed et si* 25. §. *si ante* 7. *ff. de haered. petit.* non enim proprie sunt male fidei possessores, cum causam dubiam statim actori cedere non teneantur, si antea bona fide in possessione fuerunt; Laym. *l.* 3. *tr.* 2. *c.* 4. *n.* 1.

34

2. Si res commodata e. g. per incendium similiter fuisset peritura apud dominum, etiamsi suo tempore, et loco restituta fuisset; *l. si plures* 14. *in fin. ff. deposit.* Sylv. *V. mora n.* 4. Covar. *reg. peccatum p.* 2. §. 6. *n.* 1. Azor *p.* 3. *l.* 7. *de commod. c.* 7. *q.* 4. Molin. *tr.* 2. *D.* 295. *n.* 4. Pirh. *hic n.* 8. Vviest. *n.* 11. *Ratio est*, quia tali casu rei interitus, sive damnum illatum morae etiam culpabili imputari non potest. *Neque obstat*, quod fur, raptor, aut alienus invasor, apud quem res periit sine ipsius culpa, restituere teneatur aestimationem illius, licet similiter apud dominum periisset; *l. praetor ait* 1. §. *rectissime* 34. *et l. merito* 19. *junct.* gloss. *V. frustator ff. de vi, et vi armat.* nam hoc ita statutum est in odium, et poenam furti, vel rapinae.

3. Si res, quae debetur, in genere solum, et indeterminate sit debita, v. g. bos ex grege, vel certa pecuniae quantitas, v. g. mille floreni ; tum enim debitor, etsi in mora non fuerit rem dandi, casum fortuitum praestare debet, cum genus perire non possit.

35

Dub. 3. an qui casum fortuitum in se recepit, ut illum ex tali pacto teneatur praestare, requiratur, ut casus fortuitos specialiter enumeret, ad quos praestandos consentit, an vero sufficiat pactum generale de omni periculo, aut casu fortuitu praestando? *Certum est*, eorum praesertim si insoliti sint, utilissime expressam mentionem fieri in pacto; sic enim evitabuntur tricae, et effugia, quae frequenter opponerentur, cum dicere posset is, a quo hujusmodi resarcitio peteretur, se de hoc, vel illo periculo in specie non cogitasse; Engl. *hic n.* 9. Konig *n.* 21.

An vero necessarium absolute sit expressionem hanc fieri, magna apud DD. est altercatio. Videtur necessaria esse. 1. ex *l. negotium* 22. *C. de negot. gest.* ubi imp. *negotium*, inquiunt, *gerentes alienum, non interveniente speciali pacto, casum fortuitum praestare non compelluntur.* 2. ex *l. si incursu* 1. *C. depositi*, ubi cavetur, eum, apud quem res deposita est, ita demum de casu fortuito teneri, *si illud specialiter convenerit.* 3. ex *l. sed siquis* 4. §. *quaestium* 4. *ff. siquis cautionib. in judic. sist.* ubi dicitur conventionem istam (*ne nulla exceptio in promissione deserta judicio sistendi causa facta objiciatur*) non valere, *nisi specialiter causae exceptionum expressae sint*, *quibus a promissore sponte renuntiatum est.* 4. Ex *l. ea quidem* 1. *C. h. tit.* ubi imp. jubent casum fortuitum praestari, si probatum fuerit *indemnitatem promissam* pro casu speciali, videlicet, ut paulo antea, *hostilis incursionis contemplatione.*

36

Sed retinenda est affirmativa sententia, et dicendum, quod commodatarius, qui casum fortuitum in se recepit, etiam de insolito teneatur, nisi casus sit plane inusitatus, qui forte mille annis semel contingat. Ita Fachin. *l.* 1. *contr. c.* 86. Bachov. *ad treutl. vol.* 1. *D.* 29. *th.* 6. *lit. H.* Harpprecht *ad* §, *item is* 2. *inst. quib. mod. re contra oblig. n.* 35. *et seq.* Konig *hic n.* 21. et alii ab his *cit.* et sumitur 1. ex *l. siquis domum* 9. §. *Julianus* 2. *ff. locat.* ubi Ulpianus ex Juliano, *siquis fundum*, inquit, *locaverit*, *ut etiam siquid vi majore accidisset*, *hoc ei praestaretur*, *pacto standum esse.* 2. quia proprie casus fortuiti nomen meretur, qui est insolitus; *l. fistulas* 78. §. *fin. ff. de contr. empt.* 3. quia tantum valere debet genus per se solum positum, quantum enumeratio omnium specierum; *arg. l. si chorus* 79. *princ. ff. de leqat.* 3. *et l. omnes* 4. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *ann.* jam vero dubium non est ullum, quin si essent omnes species casuum fortuitorum expressae, commodatarius teneretur: ergo etc.

37

Neque obstant textus allegati in contrarium. *Ad* 1. *et* 2. speciale pactum, et conventio ibi appellatur, quatenus tale pactum opponitur magis generali de re commodata domino restituenda, quod ad casum fortuitum non obligat. *Ad* 3. merito illud pactum de judicio sisti restringitur ad casus in promissione exceptos : quia si complecteretur omnes casus fortuitos , quibus impediri potest , ne sistat, rem quodammodo impossibilem promittere videretur. In nostro casu, dum commodatarius cavet de restituenda aestimatione rei, quovis casu peremptae, nihil intervenit impossibile : imo aequissimum est , ut casum omnem praestet, cum ipsius gratia contractus fiat. *Ad* 4. ibi potius initum est pactum generale , sed postea applicatum est casui speciali. Et esto, speciale fuerit, non tamen probatur inde, quod generale non sufficiat , cum haec lex codicis explicanda sit, ut legibus pro nostra sententia allegatis non contradicat.

38

Dub. 4. an si res commodata aestimata tradita fuerit, per talem aestimationem omne periculum translatum censeatur? Videtur respondendum affirmative; nam hoc contingit etiam , si marito res dotalis aestimata tradatur; *l. plerumque* 10. *princ. ff. de jur. dot. et l. quoties* 5. *C. eod.* atqui quod in dote , videtur etiam constitutum in re commodata; *l. si ut cert.* 5. §. *et si forte* 3. *ff. h. tit.* Ergo etc.

Sed adhibenda est distinctio ; vel enim aestimatur res aestimatione faciente venditionem, vel non. *Si primum* , tunc tenetur solvere aestimationem, etiamsi casu fortuito pereat; quia aestimatio fa-

ciebat, ut in casum, et eventum, quo periret, haberetur pro vendita tanto pretio. Secus *in secundo casu,* in quo aestimatio solum ad hoc adjicitur, ut certum pretium sciatur pro casu, quo vel dolo, vel culpa res pereat et ne dominus, vel commodans teneatur rei valorem apud judicem probare; Azor *p.* 3. *l.* 7. *de commodat. c.* 7. *q.* 4. Haun. *tom.* 4. *de J. et J. tr.* 10. *n.* 732.

39

In dubio potius secundum est praesumendum, ut bene advertunt Abb. *in c. un. h. tit. n.* 23. Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 295. *n.* 10. Zoes *ff. h. tit. n.* 10. Engl. *n.* 10. Konig *n.* 14. ex regula generali; quia in contractibus interpretatio fit contra eum, in cujus potestate erat legem apertius dicere; *reg.* 57. *in* 6. atqui in potestate commodantis fuit rem sub conditione expressa de praestando casu fortuito commodare: ergo etc.

Ad argumentum contrarium patet disparitas cum dote; nam dos talis naturae est, ut dominium illius saltem civile in maritum transeat; unde merito aestimatio illius venditionem operatur. Aliud est in commodato: cujus dominium, et possessio penes commodantem remanet. *Ad l. si ut certo allegatam* dico, illam congrue intelligi posse, quando praeter aestimationem speciale insuper pactum de casu fortuito praestando accessit.

40

Dub. 5. quando aestimatio non fuit taxata a contrahentibus, quomodo postmodum sit taxanda, h. e. ad quod tempus referenda sit aestimatio in illis casibus, in quibus commodatarius ob culpam, et moram tenetur ad aestimationem, eo, quod fuerit deteriorata, absque dolo tamen, et contumacia? *Videtur* facienda secundum tempus, quo lis contestata est. 1. Ob varios textus, quibus aestimatio refertur ad litis contestatae tempus; *l. vinum* 22. *ff. de re reb. credit. l. fin. ff. de condict. tritic.* cum similibus: 2. non debet actori licere, quod reo non liceat: atqui reo non licet recusare aestimationem rei secundum tempus litis contestatae, et velle solvere secundum tempus morae, si hoc tempore res vilior est, et illo tempore carior: 3. fructus, et accessiones tempore morae extrajudicialis non sunt a moroso debitore solvendae; *l. videamus* 38. §. *si actionem* 7. *ff. de usur.* ergo nec incrementum valoris: 4. ex eo tempore quaelibet res aestimanda est, quo novissime solvi potest; *l. si calendis* 11. *ff. de re judic.* atqui hoc tempus est tempus litis contestatae: ergo etc.

41

Sed dicendum, aestimationem ad id tempus referendam, quo res a tempore morae, etiam extrajudicialis, quanti plurimi valuit,

atque in optimo statu fuit. Ita Haun. *var. resol. tr.* 3. *p.* 2. *q.* 2. Harpprecht *ad* §. *item is* 2. *inst. quib. mod. re contr. oblig. n.* 64. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 733. et hoc teste communior interpretum. Sumitur ex *l. in re furtiva* 8. §. *si ex causa* 2. *ff. de cond. furtiv.* ubi aestimatio fit eo modo, quo dicitur in conclusione: igitur multo magis in commodato; nam judicia bonae fidei, quale est commodatum, pinguiora sunt, et magis faventia actori, quam quae sunt stricti juris, qualis est condictio furtiva. *Conf.* nam mora commodatarii, ex qua res deterior, aut vilior facta est, non debet nocere commodanti, ut per se lumine naturae notum est: noceret autem, si aestimatio non referretur ad tempus, quo res post moram plurimi fuit; quia potuisset commodans eam illo tempore distrahere majore pretio: ergo nisi haec conditio compensetur, obest illi mora. Addidi *absque dolo tamen*, *et contumacia*; nam hic si intervenerit, condemnandus est commodatarius, quanti in litem juraverit commodans; *l. sed mihi* 3. §. *in hac actione* 2. *ff. h. tit.* Imo probabile est, quod etiam ob culpam latam in litem juretur; quia dolo aequiparatur.

42

Neque obstant argumenta contraria. *Ad* 1. cum Hunnio, et Cujacio dici potest, in stricti juris judiciis aestimationem ad litis contestatae tempus referri, nisi prius jam fuerit mora culpabilis post extrajudicialem interpellationem a creditore factam. *Ad* 2. Reus morosus non habet jus se servandi indemnem a mora, cum factum cuique suum, non adversario nocere debeat. *Ad* 3. Neg. cons. nam incrementum valoris non venit nomine fructuum, et accessionum, sed pertinet ad rei substantiam: unde si valor rei adhuc existentis crevit, adhuc tota res restituenda est, etiamsi nulla intercesserit mora. *Ad* 4. Dist. major. si tunc plurimi est. *Conc.* secus. *Nego.*

43

Quaeritur 9. qualis actio institui possit ex commodato? Resp. Duplex ex eo actio datur: una *directa* datur commodanti, et ejus haeredibus contra commodatarium, et ejus haeredes ad restituendam rem commodatam, usu finito, in specie salvam, et integram, et cum omni causa, vel si perdita, aut deterioreta sit, ad praestandam aestimationem, vel interesse; *l. sed mihi* 3. §. *si reddita* 1. *l. si ut certo* 5. §. *quin imo* 8. *l. is qui* 13. §. *si quem* 1. *l. in commodata* 17. §. *sicut* 3. *ff. h. t.* Altera *contraria* datur commodatario, et ejus haeredibus adversus commodantem, et ejus haeredes ad id, quod sua interest, si res commodata ante usum expletum revocetur, aut non permittatur commodatarius ea uti ad eum usum, ad quem commodata est; item ad consequendum damnum, si quod

vitio rei commodatae, celato a commodante, illatum fuerit: et simul ad repetendos sumptus, in rem commodatam factos, exceptis cibariis, et modicis impendiis, quae naturali ratione ad eum, qui re utitur, pertinent, secundum dicta *n.* 15. *supra.* Utraque haec actio est civilis, personalis, rei persecutoria, bonae fidei, et perpetua.

44

Dub. 1. quaenam aliae insuper actiones commodanti competant? Resp. competunt diversae pro casibus diversis. Nam 1. competit ei *actio furti*, si commodatarius re aliter usus fuit, quam ipsi concessum erat secundum dicta *n.* 2. *vers. dixi* 4. 2. *actio legis aquiliae*, si idem commodatarius rem commodatam deterioravit *l. in rebus* 18. §. *sive autem* 1. *ff. h. tit.* 3. *Rei vindicatio*, si alius a commodatario rem commodatam teneat, et restituendi facultatem habeat; *l. officium* 9. *in fin. ff. de R. V.* Adeoque quatuor habet actiones, ita tamen, ut *si qua earum actum fuerit*, *aliae tollantur*, ut habetur §. *sive autem cit.*

45

Dub. 2. quid juris, si eadem res individua v. g. jumentum, plaustrum etc. duobus sit commodata? Resp. Hic distinguendum est cum P. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 14. *n.* 2. *vers. quodsi res*, inter diversos casus; nam si unius duntaxat illorum dolo, vel culpa periit, aut deterior facta est, ille solus damnum praestare cogetur. Si autem neuter culpa caruit, uterque in solidum obligabitur: si tamen unus illorum totum praestiterit, ab altero dimidiam partem repetere poterit; *l. si ut certo* 5. §. *fin. h. tit.* Idemque in locato locum habet, atque in deposito; *l. depositum* 1. §. *si apud duos* 43. *ff. deposit.* Si vero duo obligationem contrahant, non ex culpa, sed ex pacto, quia v. g. casum etiam fortuitum, rei commodatae, locatae, vel depositae in se susceperunt, singuli tantum pro parte tenebuntur, nisi expresse conventum fuerit, ut in solidum teneantur, sicut sentire videtur *in* §. *si apud duos cit. V. pervenietur.*

46

Dub. 3. an res commodata retineri possit in alicujus debiti compensationem? Affirmant Abb. *in c. fin. de deposit. n.* 12. Sylv. *V. commodatum q.* 3. Azor *p.* 3. *l.* 7. *de commod. c.* 7. *q.* 7. Pirh. *n.* 10. *de deposit.* et videntur favere textus §. *in bonae* 30. *inst. de action. et l. fin. C. de compens.* ubi compensatio permittitur in omnibus actionibus realibus, et personalibus, sola actione depositi (et spolii) excepta. Negant Molin. *tr.* 2. *D.* 297. *n.* 10. Harpprecht *ad* §. *item is* 2. *inst. quib. mod. re contr. obl. n.* 51. Gletle *p.* 3. *pandect. c.* 11. *n.* 6. *et* 8. et alii, quibus patrocinatur *l. fin. C. h.*

tit. ubi impp. *praetextu*, inquiunt, *debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur.* Accedit ratio; nam compensationi proprie dictae locus solum est in rebus fungibilibus; *l. si constat* 4. *C. de compensat. et l. si convenerit* 18. *ff. de pignor. act.* atqui in his commodatum per se loquendo fieri non potest *l. ait*; *praetor* 1. §. *hujus edicti* 1. *ff. h. tit. et l. si gratuitam* 17. *ff. de praescr. verb.* ergo etc. *Conf.* si commodatarius rem, v. g. equum in compensationem alicujus debiti retinere posset, commodans rem suam quasi vendere cogeretur; nam in effectu idem esset, acsi equus venditus, et pretio debitum solutum esset: atqui rem suam invitus vendere nemo cogitur; *l. invitum* 11. *C. de contrah. empt.* ergo etc.

47

Optime controversia ista dirimitur ope distinctionis, qua utuntur, vel saltem indicant Perez *in C. h. tit. a n.* 18. Haun. *var. res. tr.* 3. *p.* 3. *q.* 4. Pal. *tr.* 32. *D.* 3. *p.* 9. *n.* 3. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 739. Gibal. *tom.* 2. *de negot. l.* 5. *c.* 2. *art.* 8. *n.* 9. *vers. secundo*, Zoes *hic ad ff. n.* 22. Konig *n.* 23. Vvies. *n.* 16. Vel enim res commodata extat, et restitui potest, vel ea perempta est, ac proinde non ipsa, sed ejus aestimatio restitui debet. *Si primum*, compensationi locus non est, sed res ipsa, expleto usu, et tempore, pro quo concessa est, restitui debet, ut probant rationes pro negativa allatae. Potest tamen eo casu commodatarius rem commodatam retinere jure pignoris pro expensis in ejus conservationem factis, donec istae persolutae fuerint. *Si secundum*, locus compensationis est juxta *l. si constat cit.* Et idem dicendum, si res commodata quidem extet, sed deterior facta sit; tunc enim pretii deteriorationis cum alia quantitate debita compensatio fieri potest, ut docent DD. primum *cit.* Neque plus probant textus §. *in bonae, et l. fin. cit.* pro affirmativa; quia solum intelligi debent de casu, quo res culpa possidentis, vel detinentis non amplius extat. Excipitur vero ibi solum depositum, tum ob exuberantiam bonae fidei in deposito, tum ne depositarius culpa lata, vel dolo suo jus compensandi acquirat; Brunnem *in l. fin. cit. n.* 5. *et* 10.

TITULUS XVI.

De deposito.

SUMMARIUM

Depositum in multis affine commodato est. Nomen accepit ab eo, quod quasi in alterius manu positum sit. In jure duplicem acceptionem habet; nam aliquando sumitur pro ipsa re deposita; et in hoc sensu definitur ab Ulpiano *l. depositum* 1. *pr. ff. h. tit. est*

quod custodiendum alicui datum est. Aliquando autem pro contractu depositi; et in hac acceptione idem Ulpianus *l. juris gentium* 7. §. *quae pariunt* 1. *ff. de pact.* depositum inter conventiones numerat quae pariunt actiones. De hac secunda acceptione praecipue hoc *tit.* sermo erit.

1

Quaeritur 1. quid sit *depositum*? Resp. Non incommode definitur, quod sit *contractus realis*, *nominatus*, *juris gentium*, *bonae fidei*, *quo res alicui gratis custodienda traditur ea lege, ut eadem in specie*, *ad deponentis arbitrium restituatur.* Colligitur ex *l. depositum cit.* et conveniunt DD. quoad sensum, praecipue Treulter. *disp. select. vol.* 1. *D.* 26. *th.* 1. Althus. *dicoeol. l.* 1. *c.* 70. *n.* 1. Knipschildt *exerc.* 5. *acad.* 4. *thes.* 5. *fol.* 114. Harpprecht *ad* §. *praeterea* 3. *inst. quib. mod. re contr. oblig. n.* 2. clariss. P. Schmier *de pact. et contract. c.* 3. *n.* 88. Quod ita deponitur, *commendatum*, *receptum*, *seu susceptum*; qui deponit, *deponens*, *depositor*; apud quem res ponitur, *depositarius*, vel *custos depositi* dicitur.

2

Dividunt nonnulli depositum in depositum juris, et depositum facti; *depositum juris* appellant illud quo juxta *l. acceptam* 19. *C. de usur.* res debita, creditori juste oblata, et ab ipso injuste recusata, apud magistratum, vel ecclesiam ad sistendum cursum usurarum, et inducendum liberationis effectum deponitur: cujus ea vis est, ut depositione sic facta, debitor liberetur ab ulteriori interesse solvendo, et rei depositae interitus ad creditorem spectet: *depositum facti*, seu *conventionale* nuncupant, quod eo fine contrahitur, ut depositarius obligetur ad factum, seu custodiam rei, quae ita credita est ipsius fidei. Prius depositum, quia non custodiae, sed liberationis gratia constituitur, proprie non est depositum, nec hujus loci, ut recte Konig. *hic n.* 8.

3

Posterius subdividitur 1. in depositum in specie, et sequestrum. *Depositum in specie est*, quo res non litigiosa ab uno vel pluribus, aut litigiosa ab uno saltem custodienda traditur; *l. depositum* 1. §. *sed si duo* 44. *ff. h. tit. sequestrum* cum res litigiosa a litigantibus apud tertium deponitur, ea lege, ut is lite pendente rem custodiat, et ea finita, victori restituat; *l. propriae* 6. *l. licet* 17. *h. tit. et l. sequester* 110. *ff. de V. S.* de hoc actum est *libr.* 2. *tit.* 17.

4

2. In voluntarium, et necessarium. *Voluntarium* illud dicitur, quod nullo imminente periculo, ex mera fiducia, et voluntate con-

trahitur; *l. depositum cit.* §. *praetor ait* 1. *necessarium* (quod alii *miserabile* appellant) illud vocatur, ad quod ineundum instans quaedam necessitas, et periculum morale rei alias perdendae cogit : qualia sunt, quae incendii, ruinae, tumultus, vel naufragii causa fiunt; §. *praetor ait cit. et duob. seq.* qui voluntarium depositum perfide recusat restituere, condemnatur in simplum ; in duplum vero , qui recusat restituere necessarium; §. *praetor ait cit. et* §. *haec autem* 4. quia majorem perfidiam committit qui non restituit necessarium, eo quod deponens ex necessitate dignus majore commiseratione sit, quam qui deponit sponte; Barb. *ad rubr. h. tit. n.* 7. Brunnem. *ad l. depositum cit. n.* 3. ubi advertit hanc poenam necdum exolevisse : quod vero non semper dictetur, ex eo provenire, vel quia actor non petit , vel quia hujusmodi homines perfidi sunt pauperes , vel quia judex ignorat.

5

3. In regulare, et irregulare. *Regulare depositum* est, quo juxta regularem depositi naturam res traditur in meram custodiam , et solum in gratiam deponentis. *Irregulare* , quod de alio quoque contractu aliquo modo participat , et sic notissimos depositi terminos excedit. Potest autem fieri dupliciter , *uno modo* , quando pro rei custodia ex pacto accipitur merces : et tunc si merces ista sit pecunia, depositum admixtam habebit locationem ; si res alias , transibit in contractum innominatum; *l. depositum* 1. §. *siquis servum* 9 *ff h. tit.* Barb. *ad rubric. eod n.* 6. cum aliis passim. *Altero modo*, quando res deponitur cum expressa , vel tacita licentia usus : et tunc si sit fungibilis, ut vinum , frumentum , pecunia, erit mutuum; si non fungibilis, ut equus , plaustrum etc. commodatum; *l. Lucius* 24. *l. Publia Moevia* 26. §. *Lucius* 1. *l. si saeculum* 29. *ff. h. tit.* discrimen inter depositum regulare, et irregulare illud notabile est, quod in regulari periculum rei depositae remaneat penes deponentem ; in irregulari transeat in depositarium , id tamen non antea, quam iste pecuniam, vel aliam rem sic depositam loco moverit , eaque uti coeperit; *l. certi* 9. §. *fin. et l. seq. ff. de reb. credit.* Scham. *inst.* §. *praeterea* 3. *quib. mod. re contrah. oblig.* P. Konig *hic n.* 7. *in fin.* P. Schmier *de pact. et contract. c.* 3. *n.* 98. *et seq.*

6

Quaeritur 2. quaenam ad substantiam depositi requirantur? Resp. Haec colliguntur ex definitione, quam *n.* 1. dedi. Nam 1. requiritur, ut res tradita; quia est contractus, qui re perficitur, non solo consensu; §. *praeterea* 3. *inst. quib. mod. re contrah. oblig.* et hinc , si quis peregre profectus amico, quem habuit obvium in via,

commendaret suas aedes ad custodiam, non esset depositum, ut bene notat clariss. P. Schmier *de pact. et contract. c.* 3. *n.* 90.

7

2. Ut adsit consensus utriusque, sc. deponentis, et ejus, qui depositum accipit; nam hic desideratur ad omnem contractum. Unde depositum non est, siquis ponat rem in domo, vel cubiculo alterius ipso sciente, et patiente; cons. si iste domo, vel cubiculo exeat, et ostium relinquat apertum, sicque res ibi posita subducatur furto, non tenebitur, nisi probetur, fecisse dolose; quia non praecessit inter eos contractus, ex quo teneatur ad custodiam; Gomez *var. resol. tom.* 3. *c.* 7. *n.* 2. Less. *l.* 2. *de just. c.* 27. *n.* 2. Palao *tr.* 32. *D.* 3. *p.* 7. *n.* 2. Duo tamen excipiendi sunt casus. *Unus* est, si is, apud quem res istiusmodi positae sunt, ratione officii alicujus assumpti sit obligatus, ut caupo, nauta, stabularius etc. nam si in praesentia horum aliqua res ponatur ab hospite, et furto subducatur, tenentur isti de culpa etiam levissima, ut dicetur *infra n.* 26. ubi doctrina haec limitabitur. *Alter casus* excipiendus est, siquis rem aliquam in alterius etiam cujuscunque aedes intulit, addita declaratione, se rem ipsius custodie committere; nam si is taceat, censebitur consentire in ejus custodiam, et sic tenebitur actione depositi; *arg. l. si ego Sejae* 9. §. *final. ff. de jur. dot. ibi quid enim interest, inferantur volente eo in domum ejus, an ei tradantur* Gomez *n.* 2. *cit.* Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 522. *n.* 1. Konig. *n.* 16. *hic.*

8

3. Ut res deposita detur, et accipiatur gratis, ac sine mercede; nam ubi merces accedit, aut locatio, aut contractus innominatus videtur celebratus, ut dictum est *supra n.* 5. ex quo sequitur, in tali contractu omnia depositi privilegia cessare, cum deficiente substantia contractus, ejus quoque privilegia deficere necessum sit *arg. l. in summa* 2. §. *item Varus* 2. *ff. de aqu. pluv. arcend. et l. generaliter* 24. §. *siquis* 9. *ff. de fideicommiss. libert.* interim deposito non refragatur honorarium, ut quod venit ex benevolentia, et non immutat naturam contractuum gratuitorum; *arg. l. praetor ait* 1. §. *si in re* 24. *ff. vi bonor. raptor. et l. si remunerandi* 6. *ff. mandat.* monet tamen Strych. *de cautel. contract. sect.* 2. *cap.* 3. *n.* 8. ut deponens, si molestiam depositarii ob susceptam custodiam praestare nolit, protestetur, se hoc non mercedis, sed honorarii nomine promittere, vel ut pacto expresso caveat, salva ubique debere esse privilegia depositi.

9

4. Ut res deposita detur, et accipiatur ad custodiam; quia per depositum proprie dictum nuda detentio, et custodia rei, non vero dominium, possessio, aut usus ejusdem transfertur; *l. licet* 17. *§. rei depositae* 1. *ff. h. tit.* et hinc qui absque expresso, vel tacito consensu ejus, qui deposuit, re apud se deposita utitur, furtum usus commisisse censetur; *§. furtum* 6. *inst. de oblig. quae ex delict. l. si saeculum* 29. *ff. et l. si depositi* 3. *C. h. t.* Azor. *p.* 3. *l.* 7. *de deposit. c.* 6. *vers. quarto.* Less. *l.* 2. *de just. c.* 27. *n.* 5. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 25. *n.* 3. Barb. *ad rubr. h. t. n* 6. *et in c* 1. *eod. n.* 6. Vvagn. *ibid. not.* 3. Vall. *hic n.* 2. Engl. *n.* 1. Konig *n.* 17. Tres tamen casus excipiendi sunt, quibus furtum usus in re deposita cessat. 1. si usus rei a deponente expresse concessus sit depositario. 2. si is, qui depositum accepit, bona fide existimet, dominum rei non fore invitum, etiamsi ea aliquando utatur. 3. si deponatur pecunia neque clausa, neque obsignata, sed numerata; tunc enim is, qui statim accipit, nihil aliud debet, quam tantundem solvere; *l. in navem* 31. *vers. item juris ff. loc.* quia censetur intervenisse contractus mutui, vel quasi mutui, adeoque dominium transfertur in depositarium. Idemque dicendum de aliis rebus usu consumptibilibus, v. g. frumento, oleo etc. ut saltem gravis peccati condemnandus non sit depositarius, si ea alienet, modo certus sit, se tantundem ejusdem generis, ac bonitatis praesto habiturum, cum dominus repetiverit; tunc enim alienatio in nullum ejus damnum, sed potius commodum cedit, quandoquidem si res deposita apud depositarium manens casu, vel sine dolo ejusdem periisset, deponentis id damno accidisset; Less. *c.* 27. *cit. n.* 8. Laym. *c.* 25. *n.* 3. Pal. *tr.* 32. *D.* 3. *p.* 3. *p. n.* 2. ubi de thesaurario principis, qui cum pecunia sui domini negotiatur, an hoc liceat eidem, et quomodo tutus esse possit in conscientia.

5. Ut res eadem reddatur, quae est deposita; *l. Lucius* 24. *ff. h. t.* Azor. *p.* 3. *l.* 7. *de deposit. c.* 5. Procedunt haec jure communi; nam aliquando statuta municipalia, vel leges principum praeter allata in deposito requirunt litteras, et tres testes; alioquin in judicio actio depositi non datur; Azor *p.* 3. *l.* 7. *de deposit. c.* 6. *ver. aliquando.*

10

Quaeritur 3. quomodo contractus depositi distinguatur ab aliis contractibus? Resp. 1. distinguitur a *precario*, *et commodato*; quia in his usus accipienti conceditur; in deposito autem solum ad custodiam res datur, et non ad usum, ut dictum est *n.* 9.

2. *A mutuo*; quia in hoc dominium rei mutuo datae transfertur in mutuatarium, non item in deposito, utpote in quo proprietas, et

possessio rei depositae penes deponentem manet; *l. licet* 17. §. *rei* 1. *ff. h. t.* non enim depositarius suo nomine possidet, sed alieno videlicet deponentis; cons. hic per illum eandem possidet per regulam generalem traditam *l. generaliter* 9. *ff. de acquir. vel amit. poss.*

3. *A locatione, et conductione*; nam in deposito res traditur custodienda gratuito, et sine mercede juxta dicta *n.* 8. Et hinc si merces intervenerit, non tam depositum, quam locatio censebitur; *l. depositum* 1. §. *si vestimenta* 8. *et* §. *seq. ff. h. t.*

4. *A pignore*; quia etsi pignus quoque non detur ad utendum illo, datur tamen creditori in cautionem, et securitatem debiti; depositum autem non in cautionem, sed in custodiam datur; Azor *p.* 3. *l.* 7. *de depos. c.* 1.

11

Ex asserto ita discrimine, et requisitis ad depositum deducunt complures DD. quod res deposita (eadem ratio est de commodata , et locata) praescribi etiam tempore longissimo nequeat, etiamsi depositarii haeres, ad quem pervenit, bona fide existimet, non esse depositam, sed fuisse testatoris: quia haec ignorantia non sufficit , ut inde nascatur animus possidendi, et habendi rem ut suam , qui ad praescriptionem requiritur; haeres enim qua talis habet primario, et implicite illum animum rem tenendi, quem habuit defunctus: atqui iste non detinuit rem animo habendi sibi. Imo etsi voluisset defunctus, et vellet haeres eam tenere ut suam, non tamen propterea fieret possessor; quia solo animo nemo potest sibi mutare causam possessionis, nisi interveniat actus aliquis, quo intervertatur possessio domini, qui deposuit, vel precario, aut commodato dedit; *l. cum haeres* 11. *ff. de divers. tempor. praescr.*

12

Quaeritur 4. quis possit deponere, et depositum accipere? Resp. Deponere, et depositum suscipere possunt, qui contrahere, et contrahendo obligari. In specie depositum suscipere possunt 1. etiam *foeminae*; *l. publica moevia* 26. *ff. h. t.*

2. *Pupillus*, *et minor*, etiam sine tutoris, vel curatoris authoritate: in quo tamen id habent privilegii, quod si absque tutore , vel curatore depositum susceperint, et hoc apud ipsos interierit, vel consumptum fuerit, solum teneantur, in quantum inde facti sunt locupletiores, vel de dolo commisso convinci possunt; *l. depositum* 1. §. *an in pupillum* 15. *ff. h. t.*

3. *Clericus*, *et religiosus*, ac quivis alius ratione utens; soli enim excluduntur, qui usu istius carent, uti sunt infantes, et furiosi , extra tempus dilucidi intervalli saltem, quia nec alios sibi obligare, nec ipsi aliis obligari possunt; §. *sed quod diximus* 9. *de inut. stip.*

l. obligationes 1. *§. furiosum* 12. *et §. seq. ff. de* O. *et A. l. in negotiis* 5. *et l. furiosi* 40. *ff. de R. J.*

13

Dubitatur, an ex re apud clericum, vel religiosum deposita, si dolo illius, vel lata culpa sit perdita, vel consumpta, obligetur ecclesia, vel monasterium? Resp. distinguendo, an clericus, vel religiosus depositum acceperit cum, vel sine consensu praelati, et capituli.

Si primum, obligabitur eo casu ecclesia, vel monasterium ad resarciendum damnum: cum enim praelatus, et capitulum simul repraesentent ecclesiam, vel monasterium, aequum est, ut sicut in aliis contractibus, exigente, aut suadente justa causa, sic celebratis, ita etiam hoc casu ex receptione depositi obligetur ecclesia, vel monasterium, ne id non bona fide receptum, et deponens ab ecclesia deceptus videatur contra *c. per tuas* 5. *de donat.* glos. *in c.* 1. *V. personae h. t.* Innoc. *ib. n.* 1. Imol. *n.* 5. Sanc. *l.* 6. *mor. c.* 14. *n.* 35. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 25. *n.* 6. Barb. *in c.* 1. *cit. n.* 9. Engl. *hic n.* 10. Pirh. *n.* 13. Honig *n.* 10. Scamb. *n.* 5. Vvies. *n.* 19.

14

Si secundum; licet ex hujusmodi receptione clericus, vel religiosus, cujus dolo, vel culpa lata res perempta, aut deteriorata est, conveniri possit, ecclesia tamen non tenetur. Est resolutio communis, istiusque ratio, et regula est, quia delictum personae in damnum ecclesiae, vel monasterii, redundare non debet; *reg.* 76. *in* 6. Et procedit hoc etiam casu, quo clericus, vel religiosus depositum recepit cum consensu praelati sui, si id factum sit sine consensu capituli: imo si ipse praelatus sine capituli sui consensu. Mol. *tr.* 2. *de just. D.* 525. *n.* 3. Less. *l.* 2. *c.* 27. *n.* 11. *vers. notandum* Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 25. *n.* 6. Pal. *tr.* 32. *D.* 3. *p.* 4. *n.* 2. Barb. *in c.* 1. *h. t. n.* 1. Vall. *hic n.* 4. Zoes. *n.* 2. cum reliquis supra. *Excipitur*, si aliquid ex tali deposito ad ecclesiam, vel monasterium pervenit, aut in rem, vel utilitatem ipsius est versum; tunc enim eatenus tenebitur ecclesia, vel monasterium, ut rescripsit Alexander III. *c. gravis* 1. *h. l.* et notat Vivian. *ib. vers. nisi in utilitatem*, Zoes. *hic n.* 2. Schamb. *n.* 3. Konig. *n.* 10.

15

Quaeritur 4. quaenam res deponi possint? Resp. Deponi possunt res omnes, quae sub custodiam cadunt: neque refert, an propriae illae sint deponentis, an vero alienae; nam etiam fur, et praedo, si rem furtivam, aut raptam deposuerit, actionem depositi habet, eique res deposita restituenda venit; *l. depositum* 1. *§. si praedo* 39. *l. bona fides* 31. *§. incurrit* 1. *ff. h. t. l. non ab judice* 64. *princ. ff. de judic.* modo non apud rei dominum deposuerit; nam hic depositi

actione non tenetur; *l. qui rem suam* 15. *l. bona fides cit.* §. *incurrit* 1. *in fin. ff. h. t. l. neque pignus* 45. *ff. de R. J.* Azor *p.* 3. *l.* 7. *de deposit. c.* 3. *vers. quaeres* Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 25. *n.* 2. Harpr. *ad* §. *praeterea* 3. *inst. quib. mod. re contr. oblig. n.* 15. Haun. *to.* 4. *tr.* 10. *n.* 819. Barb. *ad rubr. h. t. n.* 6. Engl. *hic n.* 7. *Ratio est,* quia is, apud quem deponitur, tradere eam debet alteri repetenti : atqui dominus rem suam non tenetur tradere *l. qui rem, et* §. *incurrit cit.* Intelligi autem hoc debet tantum de casu, quo constat, quod sit dominus rei apud se depositae; si enim in continenti non constet de dominio, aequum est deponenti possessionem restitui, ac tum primum agi de proprietate; *arg. l. si de feudo* 15. *C. de loc.* ubi id traditur de conducto, est enim par ratio de deposito: igitur deponens eo casu consequetur restitutionem rei depositae, non tamen actione depositi (quia controversum est, an voluerit depositum, eo quod apud dominum deponi nequeat, sicut nec locari, vel commodari) sed conditione ex *l. qui rem cit.*

16

Dub. 1. an etiam res immobiles recipiant depositum? Negant Host. *in sum. h. t. n.* 3. Sylv. *V. depositum n.* 1. Sichard. *ad rubr. C. h. t. n.* 4. Treutler *vol.* 1. *D.* 26. *th.* 4. Tholos. *syntag. l.* 25. *c.* 3. *n.* 4. Struv. *synt. jur. civ. exercit.* 21. *th.* 25. Vvissenbach *ad* §. *part.* 2. *D.* 31. *th.* 11. Barb. *in rubr. h. t. n.* 6. et alii apud istos. *Fundantur* 1. quia jura depositum in immobilibus non agnoscunt, cum in toto jure nullum rei immobilis depositae exemplum reperiatur, nec ulla ejus fiat mentio, passim vero rerum mobilium depositarum. 2. Depositum est, quod custodiendum alicui datum est; *l. depositum* 1. *pr.* §. *h. t.* i. e. de manu in manum traditum: atqui res immobiles sic tradi nequeunt , cum loco non moveantur. 3. imo inutilis est rei immobilis custodia, cum nec latere, nec fugere neque auferri, vel subtrahi queat. 4. cura rei immobilis habet speciem mandati propter administrationem; *l. naturalis* 5. §. *sed si facio* 4. *ff. de praescr. verb.* atqui depositum respicit nudam custodiam sine administratione.

17

Sed adhuc dicendum, etiam res immobiles deponi posse. Ita Perez *in l. stipulationes* 72. *ff. de V. O. n.* 3. Knipschildst *exercit. acad.* 4. *q.* 1. *f.* 125. *cum seq.* Hun. *D.* 14. *th.* 22. *et l.* 3. *var. res. jur. civ. tr.* 3. *p.* 4. *q.* 1. *fol.* 941. *et seq.* Harpr. *ad* §. *praeterea* 3. *inst. quib. mod. re contr. oblig. n.* 18. *et seq.* Lauterb. *ad ff. h. t. n.* 10. Haun. *to.* 4. *tr.* 10. *n.* 815. Konig *hic n.* 12. Vvies. *n.* 5. et novis. claris. P. Schm. *de pact. et contr. c.* 3. *n.* 112. et receptum est jure Bavarico *Land. Recht t.* 18. *art.* 1. ubi clare exprimitur alterius custodiae commendari posse *ligend, und fahrend sut,* quorum

vocabulorum priori immobilia significari extra dubium est: *conf.* etiam ex late communi; nam etiam immobilia custodiae alterius commendari, *l. si vendita* 11. *et l. possideri* 3. §. *fin. ff. de acquir. vel amitt. poss.* imo in sensu a jure approbato etiam tradi possunt; *l. stipulationes cit. princ. ibi fundum tradi.*

18

Neque obstant argumenta contraria. *Ad* 1. sufficit, quod §. *praeterea* 3. *inst. quib. mod. re contrah. obl.* aliique textus loquantur indefinite de rebus. Exempla, quibus leges utuntur, non sunt mensura legum, quasi non se ultra extendant; quia desumuntur tantum ex iis, quae regulariter contingunt: unde sicut, si nullum exemplum extaret depositi rei se moventis, male quis inferret, *ergo res se movens non est materia apta depositi*, ita etiam hic. *Ad* 2. praeterquam quod ab etymologra nominis non desumatur firmum argumentum, quando de re ipsa constat, insuper satis quoque probatum est, quod res etiam immobiles in sensu juris proprie ad custodiam trahi possint, ut patet *ex l. stipulationes cit.* et aliis textibus. *Ad* 3. licet propter eam rationem custodia, rei immobili, ne auferatur, apposita, inutilis sit, et ut *l. si ea* 31. *princ. ff. de act. empt.* dicitur *adversus vim parum proficiat*, utilis tamen est, et plurimum proficit adversus incendia, devastationem, deteriorationem, et similia detrimenta, quae a vicinia possunt inferri. *Ad* 4. licet plerumque res immobiles sint materia mandati, quo committitur administratio, non raro tamen commendantur praecise ad custodiam sine ulla administratione, qualiter saepe commendari ad tempus breve solent aedes a discedente domino.

19

Dub. 2. num ea, quae accedunt rebus depositis ; proprie sint materia illius depositi? *Videtur respondendum affirmative arg. l. si ut certo* 5. §. *si me* 13. *ff. commod.* ubi cavetur , accessoria rei commodata pro commodatis haberi , etsi simul non fuerint expressa usque adeo, ut commodatarius etiam in iis, quae sequuntur rem commodatam, diligentiam, et custodiam praestare debeat.

Sed retinenda est negativa sententia ob luculentum textum *l. depositum* 1. §. *quae depositis* 5. *ff. h. t.* ubi Ulpianus, *quae depositis rebus*, *inquit*, *accedunt*, *non sunt deposita*, *ut puta* , *si homo vestitus deponatur; vestis enim non est deposita: nec si equus cum capistro*; *nam solus equus depositus est.* Ex quo sequitur, quod depositarius solum teneatur habere custodiam hominis depositi , non vestis, equi non capistri. Si tamen restituenda sit res deposita, sub restitutionem etiam accessoria veniunt, cum restitutio fieri debeat cum omni causa: quae proinde actione depositi cum re deposita pe-

ti possunt; *l. depositum cit.* §. *et ideo* 24. imo etiam aestimatio eorundem, si depositarii dolo perierint; *arg. l. sed si certo cit.* §. *usque adeo* 9. *ff. commod.*

Ad rationem dubitandi nego paritatem inter commodatum, et depositum; commodatum enim ex genere suo tendit præcise ad commodum accipientis, et illud quoque, quod accedit, simul cum re commodata utile eidem est, atque merito ut commodatum habetur: contra depositum in commodum deponentis est, ut proinde depositarius, cum emolumentum non sentiat, juste recuset onus circa rem, non expressam in conventione.

20

Dub. 3. an si arca, cista sarcina obsignata, et clausa deponatur, etiam depositae censeantur res in illa repertae? Resp. Affirmative ob clarum textum *l. depositum* 1. §. *si cista* 41. *ff. h. t. Ratio est*, quia dum cista deponitur, non tam attenditur continens, quam contentum, nec tam cista, quam res ex intentione contrahentium deponi videtur. Estque hoc verum, licet, is qui depositum suscepit, ignoraverit, quales res in cista fuerint positae, ut bene advertit Mant. *de tacit. et ambig. convent. l.* 10. *t.* 5. *n.* 3.

Si cista deposita sit restituenda, et deponens asserat, non omnes res, antehac inclusas, ibidem inveniri, distinguendum est, an restituatur clausa et obsignata, sicut accepit, ita, ut nec signa mutata sint, nec quid aliud in contrarium appareat; an vero deprehendatur reserata. Nam *si primum*, incumbit deponenti onus probandi, ex dolo, seu culpa depositarii aliquid fuisse surreptum, eo quod dolus, et culpa non praesumantur nisi probentur; Maevius *p.* 9. *dec.* 54. *n.* 8. *et* 55. *per totam*, Gomez *var. resol. to.* 3. *c.* 7. *n.* 2. Stryc. *de cautel. contract. sect.* 2. *c.* 3. §. 7. Lauterb. *h. t.* §. 13. Konig. *hic n.* 14. P. Schm. *de pact. et contr. c.* 3. *n.* 119. *Si secundum*, dolo depositarii reserata, vel non recte custodita praesumitur, et deponens ad juratam rerum inde amissarum probationem admittitur; *arg. l. si quando* 9. *C. unde vi*: nisi sigillum fuisset fragile, quod facile absque facto hominis frangi potuisset, depositarius vero sit homo bonae famae, et integrae fidei; Mascard. *ad* §. *praeterea* 3. *inst. quib. mod. re contr. obl. n.* 46. *et* 47. praeter *cit.*

21

Quaeritur 5. quae obligatio nascatur ex contractu depositi? Resp. Duplex enascitur: *una* se tenet ex parte *deponentis*, ut depositarium servet indemnem; quod fit 1. reparando damnum dolo; vel quavis culpa deponentis datum; *arg. l. si servus* 61. §. *quod vero* 5. *ff. de furt. junct. l. sed si certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *ff. commod.* 2. refundendo impensas in rem depositam factas; *l si in Asia* 12. *princ.*

et l. actione 23. *ff. h. t. Altera afficit depositarium.* Obligatur hic 1. rem depositam, in custodiam semel receptam, tamdiu retinere, quousque durat causa, v. g. absentia, aut lis mota, propter quam est deposita; *arg. l. siquis absentis* 5. *ff. de O. et A.* Si tamen diutius haec causa maneat, vel impedimentum aliquod interveniat, propter quod custodiam continuare non valeat, judicem adire potest, ut ejus authoritate ab onere hoc liberetur; Cothman *cons.* 62. *in fin.* Stryc. *de caut. contr. s.* 2. *c.* 3. *n.* 12. Konig *hic n.* 20. 2. obligatur, ut custodiat, et servet rem depositam ea fide, cura, ac diligentia, qua solet servare, et custodire res proprias; nec enim salva fide minorem rebus depositis, quam suis diligentiam praestabit; *c. bona fides* 2. *h. t. et l. quod Nerva* 32. *ff. eod.* 3. tenetur rem depositam (si depositum regulare sit) in specie restituere cum omni causa, et damna, quae dolo, vel culpa causavit, résarcire.

22

Dub. 1. quando depositarius deponenti debeat praestare damnum rei depositae, si haec apud ipsum periit, aut deterior facta sit? Resp. Regulariter loquendo, tum solum, quando accidit ipsius depositarii dolo, vel culpa lata, non vero si levi aut levissima. Ita Abb. *in c. bona fides* 2. *h. t. n.* 2. *tr.* 3. Gomez *var. resol. to.* 3. *n.* 2. Azor. *p.* 3. *l.* 7. *de deposit. c.* 7. *q.* 1. Les. *l.* 2. *de just. c.* 27. *n.* 9. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 25. *n.* 1. Pal. *tr.* 32. *D.* 3. *p.* 7. *n.* 1. Vivian. *in c.* 2. *cit. princ.* Gonz. *ib. n.* 1. Vvagn. *vers. casus etiam* Althus. *dicaelog. l.* 1. *c.* 70. *n.* 2. Harpr. *ad* §. *praeterea* 3. *inst. quib. mod. re contrah. oblig. n.* 26. Illsung *tr.* 4. *D.* 2. *n.* 393. Vall. *hic n.* 3. Zoes. *n.* 2. Engl. *n.* 3. Pirh. *n.* 3. *et* 4. Honig *n.* 21. Vvies. *n.* 9. et communiter DD.

Dixi 1. *teneri, si hoc acciderit depositarii dolo.* Ita habetur §. *propterea* 3. *inst. quib. mod. re contrah. oblig. l. depositum* 1. §. *in conducto* 10. *et* §. *fin. ff. h. t.* Praesumitur autem dolus commissus esse, si rebus propriis salvis, eae, quae apud ipsum depositae fuerunt, in eodem loco existentes amissae sint; *c. bona fides* 2. *h. t.*

23

Dixi 2. *aut culpa lata*; quia haec in contractibus aequiparatur dolo *l. quod Nerva* 32. *ff. h. t.* imo *l. magna* 226. *ff. V. S.* dolus (videlicet praesumptus) vocatur. *Ratio est*, quia salva bona fide, minorem diligentiam in rebus depositis adhibere depositarius nequit quam adhibere quisque soleat in rebus suis: atqui in rebus suis adhibet diligentiam saltem communem: ergo si eam non adhibeat in re deposita, et cons. si latam culpam committat, praesumetur non procedere bona fide, adeoque agere dolo malo.

Dixi 3. *non vero levi, vel levissima*: cujus duplex est ratio, tum *quia ille, qui negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei sed suae facilitati id imputare debet*, ut Justinianus §. *praeterea cit. in fine* loquitur; tum etiam quia depositum regulariter fit gratia solius deponentis; *l. obligat.* 1. §. *is quoque* 5. *ff. de O. et A.* neque emolumentum affert ei, cujus fidei res commendatur; *l. si ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *ff. commod.* igitur non est aequum, ut ille ad tam arctam custodiam obligetur. Addidi autem *regulariter non teneri ex culpa levi, et levissima*; quia dantur casus quibus ex levi, aliquando etiam ex levissima culpa ad damnum reparandum obstringitur depositarius. Atqui hinc

24

Dub. 2. quando depositarius teneatur praestare culpam levem? Resp. Tres casus a DD. referuntur, 1. si convenerit inter deponentem, et depositarium, ut hic de levi culpa teneatur; quia pacta dant legem contractibus; Azor *p.* 3. *l.* 7. *de deposit. c.* 7. *q.* 2. Laym.

2. Si mercedem pro rei custodia recepit; *c. bona fides* 2. *h. tit. l. depositum* 1. §. *si vestimenta* 8. *et seq. ff. eod.* quia sic depositum gratia utriusque celebratum, et saltem si merces non nimis modica constituta sit, natura locati conducti assumpta videtur, in quo culpa levis praestatur; Abb. *in c. bona fides cit. n.* 3. Less. *l.* 2. *de just. c.* 27. *n.* 10. Pal. *tr.* 32. *D.* 3. *p.* 7. *n.* 4. Gonz. *in c.* 2. *cit. n.* 3. Illsung. *tr.* 4. *D.* 2. *n.* 393. Engl *hic n.* 5. *vers. secundo si depositarius*, Pirh. *n.* 5. Konig *n.* 22. Vviest. *n.* 10. cum *cit.*

3. Si ad depositum recipiendum seipsum obtulit; *c. bona fides cit.* gloss. *ibid. V. de culpa*, Vivian. *vers. vel si aliquid*, Barbos. *n.* 1. Vvagn. *vers. casus autem*, Zoes. *n.* 2. cum allegatis. Ratio sumitur ex *c. bona fides cit.* nam ibi ad depositum se offerens, et pro ejus custodia mercedem accipiens aequiparantur: Ergo sicut iste, ita et ille praestare debet saltem culpam levem commissam in custodia rei depositae.

25

4. Nonnulli addunt, si depositarius rebus propriis solitus est adhibere diligentiam majorem communi: putant enim requiri, ut quisque impendat non minorem diligentiam rebus depositis, quam is impedit propriis; cons. tenebitur de culpa levi, si diligentior, imo etiam de levissima, si diligentissimus, in rebus propriis fuit: cui sententiae favere videtur textus *l. quod Nerva* 32. *ff. h. tit.* ibi, *neque enim salva fides minorem in iis, quam suis rebus diligentiam praestabit.*

Sed dicendum, etsi valde aequum sit, ut depositarius eandem adhibeat diligentiam rebus depositis, quam adhibet rebus suis, suf-

ficere tamen, si adhibeat tantam, quantam ejus generis homines in hujusmodi rebus adhibere solent. Ita Treutler. *vol.* 1. *D.* 26. *th.* 2. *ad lit. C.* Harpprecht *ad §. praeterea* 3. *inst. quib. mod. re conoblig. n.* 27. Gonz. *in c.* 2. *cit. n.* 1. Engl *hic n.* 8. clariss. P. Schmier *de pact. et contract. c.* 3. *n.* 121. *et seq. Ratio est*, quia sic, qui diligentissimus est in rebus suis, deterioris conditionis foret, quam alii, qui in rebus suis sunt minus diligentes: quod durum videtur. Accedit paritas cum aliis contractibus, in quibus non attenditur, quantam quis diligentiam adhibeat rebus propriis, sed quantam percipiat utilitatem. *Ad l. quod Nerva* in contrarium allegatam rigor ejus temperandus est ad aequitatem, ita, ut locum duntaxat habeat, ubi ex omissione talis diligentiae fraus, et dolus argui potest.

26

Dub. 3. an, et quando a depositario debeat praestari culpa levissima? Resp. Tres iterum casus afferri possunt. 1. si depositarius in contractu depositi expresse se obligavit ad praestandam culpam levissimam; quia contractus ex conventione legem accipiunt; *l. depositum* 1. *§. si convenit* 6. *ff. h. tit.* Pal. *tr.* 32. *D.* 3. *p.* 7. *n.* 6. Engl *hic n.* 5. *vers. tertio si nominatim*, Konig *n.* 22.

2. Si res a viatore deponatur apud nautam, cauponem, stabularium, et similes, quorum officium annexam habet custodiam; *l. ait praetor* 1. *et seq. ff. nautae, caupones etc.* quod salubriter constitutum est, ut istorum hominum occurreretur fraudibus, et viatorum securitati consuleretur; Less. *l.* 2. *c.* 27. *n.* 10. Laym. *l.* 8. *tr.* 4. *c.* 25. *n.* 1. Illsung *tr.* 4. *D.* 2. *n.* 393. cum *cit. Excipitur*, nisi his, quos hospitio caupo excepit, assignaverit cubiculum: tradiderit ejusdem claves, et praemonuerit, ut ipsi rerum suarum haberent custodiam, istique consenserint; tunc enim ne quidem de culpa levi tenebitur. Caesar Panimoll. *decis.* 94. *adnot.* 1. *n.* 11. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 825. Pirh. *hic n.* 6. Vviest. *n.* 12. Imo, ut *l. cit.* advertunt Less. *n.* 10. *in fin.* Pal. *n.* 7. Illsung *n.* 393. *fin.* defacto consuetudine jam introductum est, ut nisi caupones, nautae etc. de custodia rerum in domum, vel navim suam invectarum specialiter moneantur, ipsi earum domini totam curam in se suscipiant.

27

3. Ut Bartol. *in l. depositum cit. §. saepe* 35. Abb. *in c.* 2. *h. tit. n.* 3. Vivian. *ibid. vers. nisi seipsum*, Gonz. *n.* 2. Vvagn. *vers. casus autem*, Pirh. *n.* 5. Engl *n.* 5. Vviest. *n.* 11. si depositarius pro custodia depositi seipsum obtulit, tenebitur, non tantum de culpa levi, ut dictum est *supra n.* 24. sed etiam de levissima: quod colligi videtur ex *§. saepe cit.* ubi Julianus scribit, ab eo, qui ita se obtulit, *non solum dolum, sed etiam culpam, et custodiam prae-*

stari, *non tamen casum fortuitum*: atqui nomen *custodiae* ibi significare videtur exactissimam diligentiam, quae, opponitur culpae levissimae, prout sumitur ex *l. si cum venderet* 13. *ff. de pignorat. action.* et clare satis iudicat jus Bavaricum *Land Recht tit.* 18. *art.* 1. dum *custodiae* nomen hic interpretatur *dendusseristen Sleib. conf.* 1. quia alioquin, si *custodia* significaret solum mediocrem diligentiam, quae opponitur culpae levi, *custodiae* nomen §. *saepe cit.* inutiliter, et per tautologiam bis repetitum fuisset. *Conf.* 2. quia §. *cit.* solum excipitur casus fortuitus, quod ab eo, qui se obtulit, praestari non debeat: igitur culpa, quaecunque illa sit, praestari debet; quia unius exclusio est inclusio alterius. *Conf.* 3. quia per talem obligationem depositarius omnem diligentiam in re custodienda simul promisisse intelligitur.

28

Haec sententia utut valde probabilis sit, in contrarium tamen inclinant Cludius; *tr. de jur. sequestr. c.* 11. *n.* 11. apud Harpp. *ad* §. *praeterea* 3. *inst. quib. mod. re contrah. oblig. n.* 28. Less. *l.* 2. *de just. c.* 27. *n.* 11. Pal. *tr.* 32. *D.* 3. *p.* 7. *n.* 3. Illsung *tr.* 4. *D.* 2. *n.* 393. Engl. *hic n.* 5. nec omnino immerito; quia utique potest quis se offerre ad custodiam, quin propterea majorem obligationem, quam alii a depositore rogati, subire velit, aut ex lege debeat. Certe satis durum esset, eum, qui ut bonus vir, et amicus in necessitate se offert ad rem alterius custodiendam, ob ipsum hunc actum charitatis, quo sese obtulit, plus ceteris depositariis obligari; sic enim ab hoc charitatis officio potius absterrerentur homines, quam ad illud allicerentur. Accedit, quia etiam post oblationem hanc sibi factam deponenti liberum omnino est, an apud hunc, vel alium quempiam velit deponere; cons. sibi imputet, si hujus personam elegerit. Textus §. *saepe cit.* intelligi potest procedere de casu, quo is, qui se obtulit, singularem diligentiam promisit; vel obtulit se ei, qui non communis, sed singularis diligentiae hominem, cujus custodiae rem commendaret, desideravit.

29

Dub. 4. an, et quando depositarius obligetur ad praestandum casum fortuitum? Resp. regulariter non teneri ad illum praestandum, ut colligitur ex *c. bona fides* 2. *h. t.* et patet ex *l. depositum* 1. §. *saepe* 35. *ff. h. tit.* ubi casus fortuitus expresse excipitur. *Excipiendi* tamen tres casus sunt, in quibus casus fortuitus a depositario praestari debet. 1. si nominatim convenit, ut res deposita esset periculo ejus, qui suscepit; *c. bona fides*, *et* §. *saepe cit.* pactis enim, et conventionibus, sicut ad majorem, vel minorem culpam, quam alias natura contractus exigit, ita etiam ad casum fortuitum

[illegible library stamp]

obligare se possunt ; *l. nec ex praetorio* 27. *ff. et reg. contractus* 85. *in* 6. Azor *p.* 3. *l.* 7. *de deposit. c.* 7. *q.* 4. Pal. *tr.* 32. *D.* 3. *p.* 7. *n.* 2. Vivian. *in c.* 2. *cit. vers. pacto vero*, Gonzal. *ib. n.* 4. Barbos. *n.* 1. Vvagn. *vers. casus autem.* Vall. *hic n.* 4. Konig *n.* 22. Vviest. *n.* 14. *Excipiunt* plerique , nisi casus sit omnino insolitus ; quia ad hunc is , qui casus fortuiti praestationem in se recepit , non praesumitur se obligare ; *arg. l. fistulas* 78. §. *fin. ff. de contrah. empt.* Gaill. *l.* 2. *obs.* 23. *n.* 19.

30

2. Si depositarius fuit in culpabili mora restituendi ; nam eo casu, si res deposita postea pereat etiam ex casu fortuito , tenebitur depositarius eum praestare ; *l. si in Asia* 12. §. *fin. ff. h. tit.* nam *mora sua cuilibet est nociva* , ut habet *reg.* 25. *in* 6. *Excipitur* , si res eodem modo peritura fuisset apud deponentem , etiamsi suo tempore restituta fuisset ; gloss. *in l. si in Asia cit. V. periculo,* junct ; gloss. *marg. lit. B.* Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 25. *n.* 1. Fachin. *l.* 2. *contr. c.* 72. *et l.* 8. *cap.* 10. Treutl. *vol.* 1. *D.* 26. *thes.* 3. Gonz. *in c.* 2. *cit. n.* 6. Engl *hic n.* cum aliis *supra.*

3. Si casum fortuitum , quo res periit , praecessit dolus verus aut ex culpa lata praesumptus; Harpprecht *ad* §. *praeterea* 3. *inst. quib. mod. re contrah. oblig. n.* 33. cum *supra* allegatis. Ratio est, quia talis causam damni dedit ; is autem, qui causam damni dedit, damnum dedisse censetur.

31

Qualis culpa haec esse debeat, ut casus fortuitus eam consecutus a depositario praestari debeat , disputatur inter DD. Accursius *in l. depositum cit.* §. *saepe*, cum pluribus aliis, quos allegat Harpprecht *n.* 33. *cit.* volunt sufficere etiam culpam levem ; *arg. l. si ut certo* 5. §. *quod vero* 4. *ff. commodat.* ubi casus fortuitus imputatur ei , qui commodatum accepit , si *aliqua culpa*, (adeoque etiam levis) *interveniat.*

Sed verius est , casum non aliter praestandum esse a depositario , quam si illa culpa casum praecessit, ad quam praestandam ex natura contractus depositarius obligatur ; nam alias sequeretur, quod etiam levi culpa adstringeretur contra claram juris decisionem; §. *praeterea cit. et l. depositum* 1. §. *ult.* junct. *l. quod Nerva ff. h. tit.* Harppr. *n.* 33. *cit.* Engl *n.* 5. *hic vers. tertio si nominatim in fin.*

Ad argumentum contrarium nego paritatem depositi cum commodato ; nam commodatarius, cum culpam quoque levem praestare regulariter teneatur , mirum non est , si etiam ad casum fortuitum, qui ex levi ipsius culpa resultat , adstringatur.

32

Dub. 5. an depositarius (eadem quaestio formari potest de commodatario, et conductore) in periculo incendii, naufragii , hostilis incursionis res depositas servare debeat prae suis, si servare utrasque simul non possit? *Ratio dubitandi* est , quia ex una parte videtur dicendum, quod tali casu obligetur res depositas servare prae suis, ne censeatur egisse dolo, qui praesumitur casu, quo propriis rebus salvis, depositum periit; *c. bona fides* 2. *h. tit. et l. quod Nerva* 32. *ff. eod.* ex altera vero parte regula charitatis est dilectionem incipere a seipso, ut proin alicui vitio vertendum non sit , si prius de rebus propriis , quam de alienis sollicitus sit ; *can. si non licet* 9. *caus.* 23. *q.* 5. igitur casu, quo depositarius servare res depositas simul cum suis nequit, jure studium suum intendit ad servandas res proprias.

33

Sed utendum est distinctione, quam applicant Abb. *in c. h. t. n.* 2. Molin. *tr. de just. D.* 296. *n.* 2. Less. *l.* 2. *c.* 27. *a n.* 23. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 7. *n.* 7. Pal. *tr.* 32. *D.* 3. *p.* 8. *n.* 1. *et seq.* Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *a n.* 743. Illsung. *tr.* 4. *D.* 2. *n.* 394. magnif. D. Christoph. de Clingensperg *inst. quib. mod. re contrah. oblig. q.* 30. Engl *hic n.* 9. Pirh. *n.* 15. *et* 17. Konig. *n.* 23. Vviest. *n.* 16. *et* 17. vel enim res depositae sunt pretiosores propriis , vel contra istae depositis, vel denique utraeque aequalis sunt pretii.

Si primum, depositae prae propriis servari debent. *Ratio est* , quia in deposito quisque tenetur adhibere saltem eam diligentiam , quam adhibere solet in rebus propriis; quisque autem res pretiosiores eriperet periculo prae vilioribus suis : ergo etiam hoc facere debet in rebus alienis. *Excipitur*, nisi praeferendo rem alienam pretiosiorem suae viliori notabile damnum incurreret, et non sit moraliter certus se posse ejus pretium recuperare a domino rei alterius; quia nemo in hujusmodi contractibus intendit se obligare ad expensas faciendas pro re aliena cum notabili, et gravi suo detrimento, vel probabili ejus periculo; Tambur. *decal. p.* 2. *l.* 7. *tr.* 3. *c.* 5. §. 7. *n.* 4. Pirh. *hic n.* 16.

34

Si secundum contingat , et res propriae pretiosiores depositis sint, illas prae his depositarius potest eripere periculo ; quia nemo tenetur pati majus damnum proprium ad evitandum minus alterius, cum ordo charitatis jubeat, ut quisque prius sibi prospiciat , dein proximo.

Si tertium, et res depositae aequalis pretii cum propriis sint , altera distinctione est opus, et videndum, an res alienae sint acce-

ptae in utilitatem dantis tantum, ut in deposito, an vero in utilitatem utriusque, dantis videlicet, et accipientis, ut in conductione, et pignore, au denique in utilitatem accipientis tantum, ut in commodato.

35

Si contractus cedat *in utilitatem dantis tantum, vel utriusque*, potest quis in periculo praeferre res proprias ex ratione primum allata; quia in communi periculo potest quisque sibi prospicere prae aliis: igitur eo casu quaeque res domino suo perit. Neque dici tunc potest, quod ita servans res suas, dolo censeatur agere; quia rebus depositis nemo tenetur adhibere diligentiam majorem, quam illam, qua invigilare quisque prudens propriis rebus solet: atqui casu, quo res propriae omnes simul servari non possunt, potest quisque servare, quas vult: igitur idem facere potest, quando proprias, et alienas ejusdem pretii habet.

Aliud dicendum est casu quo quis res alienas in *suam tantum utilitatem* accepit; tunc enim propriis alienae praeferri debent, etsi aequalis sint pretii: et ratio est, quia tali casu tenetur ad custodiam illarum exactissimam; *l. in rebus* 18. *ff. commoda.*

36

Quaeritur 6. quaenam actio detur ex deposito? Resp. Datur actio depositi, quae duplex est, directa, et contraria. *Directa* datur deponenti, et ejus haeredibus, contra depositarium, et ejus haeredes, ad restituendam rem depositam in specie, nisi aliter fuerit conventum; *l. Lucius* 24. *ff. h. tit.* vel ejus aestimationem, aut pretium deteriorationis, si forsan dolo, aut culpa lata depositarii res interiit aut deteriorata est; *l. depositum* 1. §. *si res* 16. *etc. ff. h. tit. Contraria* competit depositario, et ejus haeredibus, contra deponentem, ac haeredes illius, ut damnum, quod occasione depositi passus est, resarciat, et quidquid in re tuenda, vel asservanda bona fide impendit, refundat; *l. ei, apud quem* 5. *ff. eod.* Utraque actio est civilis, personalis, rei persecutoria, bonae fidei, perpetua; Voesembec. *ff. h. tit.* Vall. *hic n.* 5. directa prae contraria illud singulare habet, quod illa depositarium, si condemnetur ob dolum, faciat infamem; §. *ex quibusdam* 2. *inst. de poen. temer. litig. et l. qui depositum* 10. *C. h. tit.* quod non facit actio contraria, cum in ea non agatur de fide rupta, sed tantum de calculo, seu indemnitate ejus, qui depositum suscepit; *l. furti* 6. §. *fin. ff. de his, qui not, infam.* Vall. *n.* 5. *cit.* Zoes *hic n.* 3. Konig *ibid. n.* 26. Stryck *in us. mod.* §. 7. *et seq.* clariss. P. Schmier *de pact. et contract. c.* 3. 131. *et duob. seq.*

37

Dub. 1. an dominus rem depositam pro libitu statim possit repetere. Resp. Deponens potest statim, quandocunque voluerit, depositum revocare, et depositarius debet hoc eidem reddere. Ita statuitur *c. bona fides* 2. *h. tit. et l. depositum* 1. §. *est autem* 22. *ff. eod. Proceditque hoc*, etsi constitutum sit tempus ad repetendum, ut recte monent Azor *p.* 3. *l.* 7. *de deposit. c.* 7. *q.* 6. Harpprecht *ad* §. *praeterea* 3. *inst. quib. mod. re contrah. oblig. n.* 42. Gonz. *in c.* 2. *cit. n.* 7. Vall. *hic n.* 2. Pirh. *n.* 7. Konig *n.* 24. *Ratio est*, quia depositum, cum deponentis solum gratia et utilitate contrahatur, ejus naturae est, ut ad nutum sit revocabile; tempus autem eo fine adjectum credi debet, ne possit depositarius ante illud elapsum rem depositam deponenti reddere, non vero, ne deponens pro arbitrio id revocare queat; Less. *l.* 2. *c.* 16. *n.* 4.

38

Sunt tamen complures casus, in quibus depositarius rem depositam repetenti domino, vel deponenti statim reddere non tenetur, sed restitutionem differre potest, vel etiam debet. Veluti 1. si ex restitutione certo, vel probabiliter deponenti, vel alteri timeretur secuturum damnum spirituale, vel temporale, ut si furiosus repetat gladium depositum, vel sclopum insidians; *can. nequis* vitae alterius 14. *vers. illud vero caus.* 22. *q.* 2. S. Thom. 2. 2. *q.* 62. *art.* 5. *ad* 1. Less. *l.* 2. *de just. c.* 27. *n.* 14. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. 775. *in fin.* Pirh. *hic n.* 7. Konig. *n.* 24. Vviest. *n.* 3. 2. quando bona deponentis sunt fisco addicta; tunc enim in arbitrio depositarii est, an illa fisco tradere, aut deponenti velit restituere; fisco quidem tradere rem depositam potest, quia hic habet jus sibi vindicandi depositum, tanquam sibi jam debitum; deponenti autem, quia rei depositae, antequam actu a fisco sit occupata, dominium retinet; Less. Konig *l. cit.* 3. si dominus, et fur in repetitione rei concurrant; tunc enim non furi, qui deposuit, sed domino restitui debet; *l. bona fides* 31. *incurrit* 1. *ff. h. tit.* Azor *p.* 3. *l.* 7. *de deposit. c.* 8. *q.* 4. *circa fin.* Molin. *tr. de just. D.* 526. *n.* 2. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 25. *n.* 2. Less. *l. cit. n.* 25. Vviest. *n.* 7. cum reliquis *supra*; 4. si furi sine detrimento domini restitui nequeat; tunc enim aequitas postulat, ut domino potius restituatur, quippe majus jus habenti; §. *incurrit cit.* Laym. Pirh. *l. cit.* 5. si fur deposuit rem apud dominum, cui illam surripuit, ignorantem rem esse suam; nam si postea comperiat suam esse, non tenetur illam reddere deponenti, sed retinere potest: imo etsi a domino ignorante tradita sit furi quasi ex causa depositi, potest ab illo condictione indebiti repeti; *l. bona*

fides 31. *in fin. ff. h. tit.* Azor *q.* 4. *cit. in fin.* Sylv. *V. depositum q.* 10. Pirh. *n.* 7. *cit.*

39

Dub. 2. quo loco, et modo restituenda sit domino repetenti res ab ipso deposita? Resp. 1. restituenda est ibi, ubi est sine dolo malo depositarii, nisi deponens suis impensis reddi alibi velit; *l. si in Asia* 12. *princ. et* §. *depositum* 1. *ff. h. tit.* aut convenerit inter partes, quo loco restitui debeat; *l. ei, apud quem* 5. §. *in sequestrem* 1. *ff. eod. l. is, qui certo* 9. *ff. de eo, quod cert. loc.* Donell. *l.* 15. *comment. c.* 13. Harpprecht *ad praeterea* 3. *inst. quib. mod. re acquir. oblig. n.* 43.

2. Restituenda est eadem ipsa res, quae data, sive deposita est, in specie, et individuo; §. *praeterea* 3. *et l. obligationes* 1. §. *is quoque* 5. *ff. de O. et A.* nisi quantitas, veluti pecunia sit deposita, et conventum expresse, vel tacite, ut tantundem redderetur; tunc enim eandem quantitatem in genere eodem reddi aequitati congruit; *l. Lucius* 24. *l. die* 25. §. *qui pecuniam* 1. *l. si saeculum* 29. §. *si ex permissu* 1. *ff. h. tit. l. in navem* 31. *ff. locat.* quia contractus ex conventione legem accipiunt; Harpprecht *l. cit. n.* 44.

40

3. Restituenda est res deposita integra, non deteriorata; quia *si res deposita deterior reddatur, quasi non reddita, agi depositi potest*, ut dicitur *l. depositum* 1. §. *si res* 16. *ff. h. tit.* ubi etiam ratio additur; quia *cum deterior redditur, potest dici dolo malo redditam non esse.*

4. Fructus quoque, omnisque causa, et rei utilitas, itemque partus in restitutionem venit; *l. depositum cit.* §. *et ideo* 24. *ff. h. tit.* Azor *in summ. C. eod. tit. n.* 26. Mozz. *tr. de deposit. col.* 4. *n.* 1. *et* 2. usurae autem sine mora, et conventione non debentur; *l. Lucius* 24. *l. die* 25. *l. Publia* 26. §. *Lucia* 1. *l. si sacculum* 29. §. *si ex permissu* 1. *ff. h. tit. l. usurae* 2. *et l. si deposita* 4. *C. eod.* Harppr. *n.* 45.

41

Dub. 3. utrum depositarius rem depositam retinere possit in compensationem cum alio debito, quo ipsi deponens obstringitur, et propterea repetenti domino illam negare, vel deducere partem depositi, ac sibi servare? *Ratio dubitandi est*, quia in aliis contractibus admittitur compensatio, si causa, ex qua postulatur, liquida sit, et facile perduci ad exitum posse credatur.

Sed certa est negativa sententia, sc. contra depositum nec compensationi, nec deductioni locum esse propter aliud debitum, etiam

liquidum, saltem extra forum conscientiae. Ita Gomez. *var. resol. tom.* 3. *c.* 7. *n.* 2. Azor. *p.* 3. *l.* 7. *de deposit. c.* 8. *q.* 3. Less. *l.* 2. *c.* 27. *n.* 16. Vivian. *in cap. bona fides* 2. *vers. contra depositum*, Gonzal. *ibid. n.* 8. Barb. *n.* 1. Vvag. *vers. pro voluntate not.* 2. Vall. *hic n.* 2. Zoes. *n.* 2. Engl. *n.* 6. Konig *n.* 26. et expresse statuitur *cap. bona fides cit. vers. sane*, *ac l. siquis* 11. *C. eod. Ratio est*, quia is, qui rem apud aliquem deposuit, illam fidei ipsius commisit, et tradidit, ut fideliter, et diligenter illam sibi custodiat: igitur contra fidem datam facere videtur, si rem depositam postea non restituat repetenti, sed sibi retineat. *Extenditur* hoc etiam ad casum, quo uterque vicissim ab altero depositum habet; nam neque hoc casu compensatio uuius depositi cum altero deposito locum habet, sed res depositae ab utraque parte, sine omni opposita exceptione, restitui debent, ei primum, qui primus hoc voluerit, sive prius repetiit.

42

Dixi *saltem extra forum conscientiae*; nam in conscientiae foro depositarium, si debitum liquidum alio modo non possit consequi, licite compensatione uti, et rem depositam interim, dum sibi satisfiat, retinere posse existimant Sylv. *V. compensatio quaest.* 2. Less. *l.* 2. *de just. cap.* 28. *n.* 16. Laym. *l.* 3. *tract.* 2. *cap.* 9. *n.* 10. Pirh. *hic n.* 11. quia jure naturali, et gentium id permissum videtur, ut possit quis sibi ex qualibet re alterius satisfacere, si aliter solutionem obtinere nequeat. *Excipitur*, nisi vel scandalum timeatur, vel legitimus judex aliud praecipiat, vel beneficio compensationis quis renuntiaverit: quorum unum saltem deficere cum plerumque contingat, ideo negativam in hoc sensu defendit Scamb. *hic n.* 2.

Ad rationem dubitandi nego paritatem; nam in aliis contractibus res datur ad aliquem usum; ac proinde is, qui rem accipit, non tam proprie, ac specialiter contra fidem facere videtur, si eam rem loco compensationis pro alio debito retineat.

43

Dub. 4. utrum, si depositarius in rem depositam fecit expensas necessarias, h. e. tales, quae si factae non essent, res interitura, vel multum deterioranda fuisset, ipse expensarum istarum solutionem petere, et interim, donec illam obtineat, rem depositam retinere possit? *Videtur* non posse illam sic retinere; si enim praetextu expensarum istarum haberet jus retinendi depositum, retentionem istam defendere deberet exceptione doli, opponendo deponentem dolo repetere depositum, si expensas non velit solvere: atqui hanc exceptionem non potest opponere per *l. siquis* 11. *C. h. tit.* ibi, *nullamque vel deductionem, vel doli exceptionem opponat*: ergo etc.

44

Sed dicendum, posse hoc casu depositum a depositario retineri, donec solutio expensarum fiat. Ita Mantic. *de tacit. et ambig. convent. l.* 10. *tit.* 10. *n.* 24. Sichard. *ad l.* 11. *C. h. tit. n.* 6. Bachov. *ad Troutl. vol.* 1. *D.* 26. *th.* 5. *lit. B.* Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 526. *n.* 5. Harpprecht *in §. praeterea* 3. *inst. quibus mod. re contr. oblig. n.* 54. Gonz. *in c.* 2. *cit: n.* 9. *et* 13. Engl. *n.* 7. *hic*, Konig *n.* 25. Vviest. *n.* 8. et novissime clariss. P. Schmier *de pact. et contract. cap.* 3. *n.* 137. *et seqq.* et aperte constat de jure bavarico Landrecht *tit.* 18. *art.* 1. ubi retentio depositi ex ista causa expresse permittitur. *Confirmatur* etiam ex triplici juris communis textu: 1. *l. in rebus* 18. *§. quod autem* 4. *ff. commodat.* ubi Cajus generaliter, *quod contrario*, inquit, *judicio quisque consequi potest*, *id etiam recto judicio quo cum eo agitur*, *potest salvum habere jus pensationis.* Atqui depositarius potest expensas consequi actione depositi contraria: ergo si conveniatur actione directa, potest easdem consequi jure pensationis: 2. *l. quod dicitur* 5. *princ. ff. de impens. in rem dotal.* ubi de impensis necessariis asseritur, quod rem diminuant, aut partem illius, ac rei detentationem pariant: 3. *l. creditoris* 15. *§. sed cum* 2. *ff. de furt.* ubi statuitur, eum, qui impensas in rem commodatam fecit, *quasi pignoris loco* eam habere, eique actionem furti contra dominum competere, si forte rem illam surripuerit.

Ad rationem dubitandi dico *l. siquis cit.* accipiendam de compensatione, vel retentione ex causa diversa, et in illis casibus, in quibus depositarius jus in re ipsa non est adeptus: tale autem consequitur per impensas necessarias; quia constituunt quasi partem rei, ut bene Bachovius *l. cit.*

45

Dub. 5. an depositarius, si res alienas pretiosiores suis, etsi minus pretiosas, praetulit, et sic istarum jacturam passus est, compensationem damni exigere possit? Resp. posse. Ita Abb. *in cap.* 2. *h. tit. n.* 2. Molin. *tr.* 2. *D.* 296. *n.* 4. Less. *l.* 2. *cap.* 27. *n.* 29. Laym. *l.* 3. *tract.* 4. *cap.* 7. *n.* 7. Engl. *hic n.* 9. Pirh. *n.* 18. *Ratio est*, quia utiliter gessit negotium domini, adeoque officium suum ipsi damnosum esse non debet. *Conf.* quia nemo tenetur cum damno suo conservare rem alterius, etsi pretiosiorem, quando contractus est initus in gratiam utriusque: ergo multo minus tenebitur, si initus sit in gratiam alterius tantum, ut fit in deposito; nam licet tunc teneatur salvare rem alterius pretiosiorem cum damno rei propriae vilioris, potest tamen id facere animo exigendi compensationem jacturae, quam ideo passus est in re propria.

46

Aliud est in commodatario; nam hic, si damnum aliquod incurrit in re propria, dum pretiosiorem rem commodatam prae sua viliore salvavit, non potest propterea exigere compensationem illius, ut cum *cit.* recte advertit Pal. *tract.* 32. *D.* 3. *p.* 8. *n.* 2. *Ratio est*, quia commodatarius ex natura contractus se tacite obligat ad rei commodatae custodiam, qualem quisque prudentissimus pater fam. rebus suis adhibet; *l. in rebus* 18. *ff. commod.* atqui quivis vir prudens, ac diligens, quae pretiosiora sunt, praeponit minus pretiosis: ergo etc. Imo, ut iidem DD. notant, neque potest exigere compensationem commodatarius, si relicta re sua, salvavit rem commodatam aequalis pretii, uti debuit secundum dicta *n.* 35. quia tenetur ad diligentissimam custodiam, ad quam illa rei propriae aequalis jactura necessaria est.

47

Dub. 6. quo loco veniat deponens (idem procedit in precario, commodato, locato,) si depositarius facultatibus lapsus sit, ut propterea bona ipsius subhastari debeant? Resp. distinguendo: vel enim res deposita adhuc extat, vel est consumpta, aut alias interiit.

Si primum, certum esse videtur (male refragante Hunnio, et contra communem DD. uxoris dotem praeferendam judicante) deponentem in re deposita anteponentem omnibus *l. hominem* 7. §. *quoties* 2. *ff. h. tit. et l. deposui* 38. *ff. de pecul.* ex qua deducitur regula, quod dominium rei suae actu permanens sit fortius omnibus omnium creditorum juribus, ac privilegiis; quia dominus rei proprie loquendo non venit nomine creditorum, competitque ipsi rei vendicatio. Unde licet uxor ob hypothecam, quam habet in bonis mariti ratione dotis, specialiter praeferatur aliis creditoribus, praeferri tamen nequit deponenti, res suas adhuc extantes repetenti; quia hypothecam solum habet in bonis mariti, non vero in alienis, quales sunt res depositae, locatae, precario datae etc.

48

Si secundum, deponens nulla gaudet legali, vel tacita hypotheca, vi cujus aliis creditoribus anteferendus sit, ut cum communissima DD. advertunt Arnold. Rath. *de deposit. cap.* 5. *th.* 12. et Haun. *tom.* 4. *de iust. tract.* 10. *a n.* 856. Ratio est, quia nulla lex afferri potest, qua talis hypotheca deponenti ob aestimationem rei suae deperditae concedatur. Certe si quam haberet, is, qui habet depositum anterius, praeferendus foret posteriori deponenti: atqui constat ex *l. si hominem cit.* §. *fin.* non esse praeferendum.

An vero praeferendus sit deponens aliis creditoribus, personalem actionem tantum habentibus, etiam privilegiatis, videri possunt *cit.* Arnold. Rath. *th.* 20. *et* 21. et Haun. *a n.* 857.

49

Dub. 7. si plures sunt haeredes, et unus eorum suam partem a depositario consecutus est, deinde pars altera apud depositarium pereat, cujus sit hoc damnum? Resp. distinguendo: vel enim res deposita consistit in numero, pondere, et mensura, uti est pecunia, frumentum, vinum etc. vel contra in his non consistit, sed in pluribus equis, jumentis, libris, vestibus etc.

Si primum, damnum ad illum pertinet, qui rem suam non accepit *l. fin. C. h. tit.* quia postquam unus partem suam accepit, hoc ipso a communione recessit, et pars accepta in dominium accipientis transit: ergo residua pars est alterius solius; cons. illi soli tanquam domino perit.

50

Si secundum, damnum illi, qui jam aliquid accepit a depositario, commune est cum eo, qui nihil adhuc accepit; *l. in stipulationibus* 54. *ff. de V. O.* et *l. servus* 5. *ff. de stipulat. serv.* Ratio est, quia in rebus istis non genera singulis debentur, ut in prioribus, sed corpora, quae cum inaequalia sint, et sic aequaliter dividi nequeant, singulis omnia debentur indivisim.

Distinctio haec locum duntaxat habet in cohaeredibus, non item in sociis habentibus bona communia; nam si unus ex sociis partem suam a debitore communi accepisset, et residua pars periret, aut debitor fieret, non solvendo, deberet socius, qualescunque sint res, partem acceptam communicare cum reliquis, adeoque non fecisset sibi propriam; *l. verum est* 63. §. *si cum tres socii* 5. *ff. pro socio*; quia contractus societatis efficit, ut damna, et lucra socios aequaliter afficiant.

51

Dub. 8. an remitti possit actio doli, quae deponenti competit, si apud depositarium res deposita perit? Respond. distinguendum inter dolum commissum jam, et inter dolum primum committendum; nam actio depositi *ex dolo commisso* remitti potest; quia ejusmodi remissio non adversatur juri, et rationi naturali, neque reprobatur a lege, vel canone; Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *cap.* 25. *n.* 1. Vallens. *hic n.* 3. Magnif. D. Christoph. de Chlingensperg. *inst. quib. mod. re contrah. oblig. quaest.* 31.

52

Quoad *dolum committendum* altera distinctio est adhibenda; nam *expressa conventione* ejus praestatio remitti nequit, cum talis remis-

sio impunem faciendo ad delinquendum invitet, et sic bonis moribus, honestati, atque utilitati publicae adversetur; *l. depositum* 1. §. *illud* 7. *ff. hoc titul.* potest vero remitti *conventione tacita* ; quia remitti potest actio depositi ; *l. juris gentium* 7. §. *sed et si* 15. *et l. si unus* 27. §. *illud* 3. *ff. de pact.* atqui remissa actione depositi , eo ipso tacite , et in consequentiam remissa censetur actio doli; §. *illud* 3. *citat.* Brunnem. *in l. si unus citat. n.* 7. Engl. *hic n.* 5. *vers. tertio si nominatim* , Vviest. *n.* 15. *cum cit.*

53

Neque hoc novum est ; non raro enim, quae expressa nocent, si tacite includantur *reg. expressa* 195. *ff.* et quae principaliter non admittuntur, si in consequentiam veniant, sustinentur; Brunnem. *loc. cit. num.* 11.

TITULUS XVII.

De emptione, et venditione.

In praecedentibus titulis actum est de precario, commodato, deposito, qui contractus fere ob unius tantum, sc. vel dantis, vel accipientis gratiam iniri solent. Sequuntur jam ii contractus, qui in gratiam, et utilitatem utriusque cedunt. Inter hos, ut frequentia, et utilitate, ita etiam celebritate ceteris multum praestat emptio venditio: de qua sit

§. I.

De emptionis, et venditionis natura, et varietate.

SUMMARIUM

1 *Emptionis venditionis acceptio apud veteres.*
2 3 *Jure novo.*
4 *Ejus definitio.*
5 6 *Explicatio definitionis.*
7 *Ad substantiam illius requiritur consensus, pretium.*
8 *Et merx.*
9 *Non vero translatio dominii.*
10 *Aut traditio mercis, vel pretii.*
11 *Neque scriptura, nisi ita convenerit inter contrahentes.*
12 *Qualis contractus sit, quando convenitur de re partim pro pretio, partim pro re tradenda.*
13 *Divisio emptionis venditionis in naturalem, et artificialem.*
14 *In eam, quae in scriptis fit, et in illam, quae fit sine scriptis.*
15 *In venditionem generis, et speciei.*
16 *Ad corpus, et ad mensuram.*
17 18 *Quid intersit, an venditio fiat ad corpus, an vero ad mensuram?*
19 *Item an quantitas sit addita taxative, an demonstrative?*

1

Quaeritur 1. quid sit *emptio venditio*? Resp. Emptionis, et venditionis nomine aliter vetustas usa est, aliter nunc adhiberi solet. Antiqui his vocibus contractum, et mutuam praestationem quamcunque, et lex XII. tabularum alienationem plane omnem complexa est, ut patet ex §. *item pretium* 2. *inst. h. tit. l. statu* 29. §. *Quintus Mutius* 1. *ff. de statu liber.*; quia putabant pretium non in sola numerata pecunia, sed in ceteris etiam rebus posse consistere. Hinc qui fundum, togam, oleum, aut simile quid cum alia re permutabant, dicebantur contraxisse emptionem, venditionem, et ipsi permutantes

habebantur loco emptoris, et venditoris, ut constat ex §. *item pretium cit. et l. sciendum* 19. §. *deinde* 5. *ff. de Aedilit. edict.* Nec abludit haec acceptatio a phrasi scripturae, ubi Genes. 25. *v.* 34. dicitur Esau primogenita, pulmento permutata, vendidisse.

2

Recentiori jure emptio venditio accipitur pro contractu a ceteris discreto, in quo de re, tanquam merce, pro pretio pecuniario danda, convenitur, ut habetur *l. origo* 1. §. *sed an* 1. *ff. de contrah. empt.* quod ideo factum est, ut tollerentur incommoda, quibus rerum permutatio propter inaequalitatem aestimationis rerum obnoxia fuit. Consequenter hoc jure *vendere*, *et venditor* dicetur solus ille, qui rem, sive mercem pro pecunia, *emere* autem, et *emptor* is tantum, qui pecuniam, tanquam pretium, pro re, seu merce dedit; §. *sed an cit.* Ex quo patet, etsi emptio, et venditio in jure conjungi soleant, ut fit in praesenti *rubrica*, eas tamen diversos actus esse, cum emptio emptoris, venditio sit venditoris.

3

Neque obstat, quod his nominibus veteres indiscriminatim usi sint, ut dicitur *l. veteres* 19. *ff. de action. empt.* et constat ex *l. inter patrem* 2. *pr. ff. de contrah. empt.* ac Cicerone *l.* 3. *de offic.* ubi *emere* pro *vendere* diserte dicit; non enim ita Cicero, et JCti vocabula haec confudere, ut propriae significationis vim eandem omnino tribuerent utrique, sed solius modo emptionis, modo venditionis contractum expresserunt, quod nec sine emptione venditio, nec sine hac illa consistere, aut intelligi possit, ut *ad princip. inst. h. tit.* notat Vinnius *n.* 2.

4

Quaeritur 2. quae sit definitio *emptionis venditionis*? Mirum in modum variant in hac tradenda DD. cujus variationis causa fuit non modica dissensio illorum circa ipsam hujus contractus substantiam: imo et hi, qui penitius istam habuere perspectam, sensu quidem omnes eodem, verbis tamen aliis, et aliis usi sunt. Et Salas quidem *tract. de emption. dub.* 1. *n.* 10. perpaucis contractum istum definit, *et venditionem* quidem *pactionem rei pro pretio*, *emptionem* vero *pactionem pretii pro re esse* dicit. Molin. *tract.* 2. *de just. D.* 336. *n.* 5. utramque una definitione complexus ait, eam esse *contractum*, *qui consensu perficitur mercis pro pretio.* Prae his, et aliis accuratior est RR. JCtorum, secundum quos emptio venditio est contractus juris gentium, nominatus, bonae fidei, initus consensu, quo de re, seu merce pro certo pretio pecuniario, et de pretio pro re tradendo convenitur. Ita Knipschildt *exerc. acad* 8. *th.* 4. *fol.* 274. Richter. *de contractib. D.* 9. *th* 1. *fol.* 230. Harprecht *ad princ.*

inst. h. tit. n. 6. clariss. P. Schmier *de pact. et contract. cap.* 2. *n.* 6. et duo antecessores mei P. Jacobus Vviestner *hic n.* 4. et P. Melchior Friderich *tract. de empt. et vendit. p.* 1. *cap.* 1. *art.* 1. *n.* 7.

5

Dixi 1. *contractus* : quod ponitur loco generis , in quo differt ab ultimis voluntatibus , quae nomine *contractus* non continentur; *l. verba* 20. *ff. de V. S.*

Dixi 2. *juris gentium.* Talem esse constat ex *l. origo* 1. §. *est autem* 2. *ff. de contrah. empt. et* §. *sed jus* 2. *inst. de J. N. G. et C.* ibi , *hoc jure gentium omnes pene contractus introducti sunt* , *ut emptio venditio* , *locatio conductio etc.*

Dixi 3. *nominatus.* Talis dicitur esse *l. hujus* 1. §. *fin. ff. de pact. et l. juris gentium* 7. §. *quae pariunt* 1. *ff. eod.*

Dixi 4. *bonae fidei.* Inter hos censetur §. *actionum* 28. *instit. de action. Ratio est*, quia in hoc contractu multa ex aequitate praestantur , de quibus expresse conventum non est.

6

Dixi 5. *consensu* : quamprimum enim venditor , et emptor de re pro certo pretio tradenda consenserunt , traditione quoque non secuta , contractus emptionis venditionis perfectus censetur, et utrinque producitur obligatio , et actio ; *princ. inst. h. tit. l. inter* 2. §. *sine* 1. *ff. de contrah. empt. l. sicut* 1. §. *item emptio* 2. *ff. de rer. permut.* Neque obstat, quod *l. Julianus* 13. §. *offerri* 8. *ff. de action. empt.* dicatur, actionem ex empto non consurgere, donec integrum pretium emptor venditori solverit : quia hoc non aliter intelligendum est , nisi quod actio ex empto non possit ab emptore cum effectu moveri , priusquam totum exsolverit pretium , utpote cum eo usque venditor , de merce tradenda interpellatus , exceptionem non soluti pretii opponere valeat.

Dixi 6. *de re*, *seu merce pro pretio*, *et de hoc pro re tradendo*; per quas particulas emptio venditio distinguitur a permutatione , in qua res pro re ; a cambio, in quo pecunia pro pecunia; a locatione, in qua res utenda, fruenda pro pensione sive pecuniae, sive fructuum datur.

7

Quaeritur 3. quaenam ad substantiam emptionis venditionis pertineant ? Resp. Ad hanc communi DD. consensu tria requiruntur. 1. *consensus* utriusque celebrantium emptionem venditionem, emptoris quidem ad tradendum pretium pro merce , venditoris autem ad tradendam mercem pro pretio.

2. *Pretium.* Pretii autem nomine hic venit nummus, sive pecunia, quae inventa est , ut sit publica mensura, sive aestimatio omnium

rerum, seu mercium, quae in commutationem, sive commercium humanum venire possunt; *l. origo* 1. *princip. ff. de contrah. empt.* et quidem pretium emptionis debet constitui certum, et determinatum; *instit princ. V. pretium h. tit.* hinc invalida est venditio, siquis dicat : *vendo tibi aedes meas pro justo pretio*, nisi quodnam sit justum pretium, arbitrio boni viri, sive officio judicis determinatum fuerit; *l. fin. C. de contrah. empt.*

8

3. *Merx :* quo nomine intelligitur aliquid pecunia aestimabile, sive deinde sit res mobilis, sive immobilis ; nam etiam res immobiles v. g. fundus, item jura, nomina debitorum, servitutes etc. materia emptionis, et venditionis sunt. Debet autem et haec in emptione venditione esse certa et determinata ; quia rei incertae pretium certum, quemadmodum hic contractus exigit, non potest statui; Pirh. *hic n.* 2. Vviest. *n.* 7. *Neque obstat*, quod vendi, emique possit alea, jactusque retis, et piscium, aviumque captura, *l. nec emptio* 8. *pr. et* §. *aliquando* 1. *ff. de contrah. empt.* quae tamen nec certa, nec determinata sunt, cum contingere possit, ut parum, vel multum, aut nihil capiatur; nam ut P. Vviest. *l. cit.* cum Brunnem. *in l. cit. n.* 4. et Haun. *tom.* 4. *de just. tr.* 10. *n.* 83. recte advertit, hoc casu non tam pisces, et aves, quam capturae spes, et pisces, avesque, si in rete inciderint, percipiendi jus venditur, et emitur, quae spes, et jus, licet ex parte objecti incerta sint, in se tamen sunt determinata et certa: hinc

9

Colligitur 1. de substantia emptionis venditionis non esse, ut actu transferatur dominium, sed solum, ut ex eo nascatur obligatio transferendi dominium, quantum est ex parte venditoris tradendo rem emptam pro pretio persoluto, prout patet ex *l. si ita* 25. *qui vendidit* 1. *et l. cum manu* 80. §. *fin. ff. de contrah. empt. l. alienatum* 67. *ff de V. S. Ratio est*, quia emptor rei alienae v. g. furtivae non comparat dominium ejusdem, et tamen intercedit vera venditio ; nam, ut *l. rem alienam* 28. *de contr. empt.* Ulpianus loquitur, *rem alienam distrahere quem posse* (valide, quamvis non licite) *nulla dubitatio est.* Accedit *l. quia aliena* 8. *C. siquis alteri, vel sibi etc.* ubi imperatores, *qui aliena*, inquiunt, *pecunia comparat, non ei*, *cujus nummi fuerunt*, *sed sibi tam actionem empti*, *quam dominium*, *si fuerit tradita possessio quaerit.*

10

Colligitur 2. ad ejusdem contractus substantiam etiam non requiri traditionem mercis, vel pretii. Ita DD. magno consensu, ex dictis *n.* 6. *conf.* nam si traditio requireretur, jam non solo con-

sensu super re, et pretio perficeretur, quod tamen asseritur §. *ideo autem* 1. *inst. de oblig. ex consens. l. origo* 1. §. *fin. ff. de contr. empt.* neque obstat *l. cum convenit* 2. *pr. C. de peric. et commod. rei vend.* ubi ante secutam traditionem rei et pretii contractus pro imperfecto habetur; quia textus ille solum loquitur de venditione vini, quae ante mensurationem perfecta non est, quod vinum sub ea conditione vendi videatur, *si fuerit admensum*, ut dicitur *l. quod saepe* 35. §. *in his* 5. *ff. de contr. empt.* et ratio est, quia ante mensurationem de certa quantitate vendita non constat, prout tamen contractus emptionis venditionis natura exposcit.

11

Colligitur 3. solutio illius dubii, an scriptura requiratur ad substantiam emptionis venditionis; nam attendendum est ad modum, quo emptor, et venditor contraxerunt. Si inter eos de re pro pretio pecuniario tradenda convenit simpliciter, scriptura de substantia contractus non est, ut clare liquet ex *princ. instit. h. tit. et l. cum res* 12. *C. de probat. Ratio est*, quia regulae instar receptum est, scripturam ad contractus, vel alterius actus substantiam non requiri, praeterquam in casibus jure expressis; *arg. l. pactum* 17. *C. de pact.* atqui nullum jus exposcit scripturam ad substantiam, et valorem emptionis venditionis: ergo etc. quodsi inter emptorem, et venditorem ita convenit, ut super contractu celebrato conficiatur instrumentum, multum interest, an consensum suum confectioni instrumenti alligarint, necne. Si non alligarunt, validus est contractus, etsi confectio instrumenti omittatur; quia eo casu censentur tantum voluisse instrumentum confici, ut temporis longinquitate contractus memoria non intercidat, et probationis copia pereat; Tusch. *pract. V. contractus concl.* 99. Salas *tr. de empt. dub.* 65. Fernand. Vasq. *l. contr. cap. n.* 23. Vviest. *hic n.* 9. aliud est, si inter eos actum est, ut contractus non valeat, nisi super eo confecta, et approbata scriptura sit; tunc enim scriptura ad substantiam illius pertinet, et ante illam perfectam, et approbatam nulla obligatio nascitur, ut clare iterum patet ex *inst. h. tit. l. contr.* 17. *C. de fid. instrum.* et docet Molin. *tract.* 2. *de just. D.* 337. *n.* 5. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 4. Vvies. *hic n.* 9. *Ratio est*, quia tali casu contrahentium intentio est conditionata, et suspensiva obligationis ad eventum confectae scripturae. Igitur nisi confecta sit scriptura, eaque approbata, non obligabuntur contractu, perinde, ac si inter eos nihil fuisset actum; quia a contrahentibus nihil actum censetur, quamdiu aliquid ex conventione addendum superest, ut dicitur *l. cum Silanum* 11. *C. de his, quibus ut indig.*

12

Colligitur 4. qualis sit contractus, quando convenitur de re partim pro pretio, sive certa quantitate pecuniae, partim pro re v. g. de fundo pro 1000. aureis, et domo, de equo 30. fl. et bove praestando. Nam distinguendum est, an pretium pecuniarium valorem rei adjectae notabiliter excedat, vel an ab ista excedatur, aut eundem aequet. *Si primum*, dici contractus hic debebit emptio venditio; Gomez *tom.* 2. *var. cap.* 2. *n.* 10. Covar. *l.* 2. *var. cap.* 4. *n.* 9. Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 336. *n.* 6. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 9. Vviest. *hic n.* 10. *et* 11. *Si secundum,* permutatio censenda erit, juxta eosdem. *Si tertium*, scinduntur DD. nam aliqui cum Baldo volunt esse contractum emptionis venditionis; alii cum Bartolo contendunt esse contractum innominatum. Melius Gomez, Covar. aliique *supra cit.* asserunt esse contractum mixtum, qui quatenus respicit pretium, sit emptio venditio; quatenus vero rem, permutatio. Sed de hoc pactum refert; nam dici potest, hoc casu talem contractum esse celebratum, qualem celebrare contrahentes intenderunt.

13

Quaeritur 4. quotuplex sit emptio venditio? Resp. quatuor praecipue contractus istius divisiones invenio. 1. in naturalem, et artificialem. *Naturalis,* quae etiam *oeconomica*, et a S. Thom. 2. 2. *q.* 77. *art.* 4. *necessaria* appellatur, est, qua quis emit ea, quae ad suam, et familiae suae sustentationem necessaria sunt, vendit vero superflua. *Artificialis* illa dicitur, qua non praecise ad sustentationem necessaria emuntur, aut ad eam superflua venduntur, sed qua lucrum aliquod intenditur. Et haec duplex est: *una*, qua aliquid emitur, ut per industriam, et artem transmutatum carius vendatur, veluti siquis emat lanam, ut pannos inde conficiat, aut colores, ut picturas efformet etc. *altera*, qua res emitur, et non mutata rursus cum lucro venditur. Haec proprie est *negotiatio*, non item prior, ut advertit *auth. oper. imperf.* relatus *can. ejiciens* 11. *dist.* 88.

14

2. In eam, quae in scriptis fit, et in illam, quae sine scriptis fit. *In scriptis* censetur tunc facta, quando contrahentes sic convenerunt, ut non valeat emptio venditio, nisi super ea confecta sit scriptura, seu quando scriptura ex conventione contrahentium pertinet ad substantiam contractus. *Sine scriptis* celebrata censetur, quando scriptura ex conventione contrahentium ad substantiam contractus non pertinet, sive deinde super illo sit confecta scriptura, sive non; nam etiam quando super emptione venditione confecta scriptura est, modo haec ad substantiam ejus ex mente contra-

hentium non pertineat, sine scriptura celebrata censetur juxta dicta *n.* 11. Porro discriminis istius effectus est, quod cum sine scriptis celebrata est emptio venditio, poenitere, et a contractu, utpote jam perfecto, resilire neutri amplius contrahentium liceat, invito altero; sit autem poenitentiae, et revocationi locus ante confectum instrumentum, quando emptio venditio celebratur in scriptis, utpote quae eo tempore adhuc substantialiter imperfecta est; Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 14.

15

3. In venditionem generis, et venditionem speciei. *Venditio generis* est, quando ex pluribus ejusdem generis rebus, v. g. ex pluribus ejusdem authoris libris, ex pluribus ejusdem aestimationis equis etc. unus, vel duo, nulla certa specie, vel ut philosophi loquuntur, individuo designato, venduntur. *Venditio speciei* vero dicitur, quando de una, vel pluribus speciebus, seu individuis, certis pro certo pretio tradendis convenitur. Porro inter has duas species id est discriminis, quod si venditio speciei sit celebrata, et una, vel altera species, aut individuum, circa quae contractum est, nulla venditoris culpa ante traditionem pereat, interitus sit emptoris; si vero venditio generis facta sit, et illius generis aliquae species, seu individua pereant, interitus sit venditoris, ita, ut hic, si vel unicum ex illo genere supersit adhuc, illud ex contractu teneatur emptori tradere; P. Vviest. *hic n.* 14. P. Friderich *tract. de empt. vendit. par.* 1. *cap.* 1. *n.* 10. clariss. P. Schmier *tract. de pact. et contract. cap.* 2. *num.* 18.

16

4. In eam, quae fit ad corpus, et illam, quae fit ad mensuram. *Ad corpus* facta venditio dicitur, quando plures species, seu individua per modum unius rei individuae venduntur vel sine numeri, ponderis, et mensurae expressione, vel cum hujus expressione quidem, non tamen taxative, sine animo contractum ad eam quantitatem adstringendi, sed demonstrative duntaxat, sive ad demonstrandam, seu discernendam rem factam. *Ad mensuram* venditio fit, quando certa quantitas specierum, seu individuorum sub genere comprehensorum venditur, ita; ut quod excedit, non intelligatur comprehensum contractu.

Exemplum venditionis *ad corpus* est, quando totus acervus tritici, vel totum vinum in dolio venditur, sine ulla scapharum, vel urnarum expressione, vel cum expressione quidem illarum, non tamen constituto in singulas pretio, nec animo contractum restringendi ad eum scapharum, vel urnarum numerum. *Ad mensuram* venditio est, quando ex frumenti acervo 10. scaphae, vel ex eo-

dem vini dolio decem urnae, certo pretio in singulas, vel uno in omnes simul constituto, venduntur, ita tamen, ut si plures scaphae in acervo, vel plures urnae in dolio contineantur, excessus non intelligatur venditus.

17

Quaeritur 5. quid intersit, an venditio fiat *ad corpus*, an vero *ad mensuram*? Resp. Plurimum interest. Nam 1. si *ad corpus* celebrata venditio sit, ea omne periculum avertitur ad emptorem, ita, ut si res vendita vel in toto, vel in parte pereat, emptori pereat: et hinc etiam *venditio per aversionem* dicitur; *l. cum convenit* 2. *C. de peric. et commod. rei vendit. et l. qui officii* 62. §. *fin. ff. de contrah. empt.* Haun. *tom.* 4. *tract.* 10. *n.* 50. Brunnem. *in l. qui officii cit. n.* 1. clariss. P. Schmier *tract. de pact. et contract. cap.* 2. *n.* 21. Vviest. *hic n.* 5. At cum venditio *ad mensuram* facta est, si res vendita, v. gr. acervus tritici, aut vinum in dolio ante traditionem, vel potius mensurationem pereat, venditori perit; *l. cum convenit cit.* quia tunc venditio praesumitur facta sub conditione, *si res adnumerata, admensa, vel appensa fuerit*, prout sumitur ex *l. quod saepe* 35. §. *in his* 5. *ff. de contrah. empt.* Haun. *n.* 61. cum *cit.*

18

2. Si venditio est *ad corpus*, et pretium est unicum ac indivisibile, v. gr. *vendo tibi omne vinum hac cella contentum pro* 1000. *flor. sunt urnae* 60. *etc.* tunc venduntur omnes, et singulae partes corporis, tametsi pauciores sint demonstratae, quam revera illa massa contineantur, et idcirco teneor emptori tradere omne vinum, etsi plures sint urnae, quam 60. *l. qui fundum* 45. *ff. de ediction.* et vicissim emptor solvere debet pretium conventum, et perinde est, sive plures deinde deprehendantur urnae contentae in cella, sive pauciores, quam demonstratae sint, modo constet (quod tamen regulariter non praesumitur, ut observat Molin. *tract.* 2. *de just. D.* 366. *n.* 8.) quantitatem tantum per modum demonstrationis expressam fuisse. *Ratio est*, quia in tali casu expressio quantitatis rei ad quantitatem pretii impertinenter se habet, cum per eam solum res vendita demonstretur, ut discerni ab aliis possit. Contra si venditio facta sit *ad mensuram*, constituto pretio ad singulas urnas vini, aut modios frumenti etc. et quantitas addatur taxative, tantum censentur venditae mensurae expressae, et si pauciores sint expressis, diminui de pretio convento poterit; si vero plures, et emptor velit omnes habere, augere pretium pro modo excessus debet; quia pretium generale constitutum censetur tantum, supposita quantitate expressa.

19

Ex quo sequitur multum interesse, an quantitas addita sit taxative, an demonstrative: idque verum est, etiamsi venditio facta sit *ad corpus*; nam etiam in hac, si taxative adjecta sit quantitas, pro quantitate, quam merx reipsa habet, persolvi pretium debet, prout constat ex *l. si servum* 4. *et pluribus aliis ff. de contrah. empt.* et ratio est, quia eo casu contrahentes censentur alligasse intentionem suam quantitati taxatae, ut adeo nec venditor hoc pretio praesumatur venditurus, si major sit quantitas, nec emptor empturus, si minor sit ea, quae est expressa. Idque verum est non tantum, quando venditor dolo expressit majorem numerum, sed etiam si per imprudentiam, aut ignorantiam, cum ratio refundatur in defectum consensus, qui substantiam venditionis vitiat: nec solum procedit in foro interno, sed etiam in externo: unde tunc datur actio quanti minoris; *l. tenetur* 6. *ff. de act. empt.*

§. II.

De personis vendentibus, et ementibus.

SUMMARIUM

20 *Emere, ac vendere potest, quicunque liberam rerum suarum administrationem habet.*
21 *Specialis juris interdicto prohibentur magistratus.*
22 *Filiusfamilias cum patre.*
23 *Pupillus, et minor cum tutore, et curatore.*
24 *Advocatus cum cliente etc. emptionem venditionem non possunt contrahere.*
25 *Regulariter nemo cogi ad emendum, vel vendendum potest,*
26 *Nisi id exigat necessitas,*
27 *Aut utilitas publica,*
28 *Favor religionis, ac pietatis.*
29 *Jus alterius,*
30 *Malus rei usus, vel privilegium.*
31 *In casu necessitatis publicae compelli possunt etiam clerici, et religiosi.*
32 *Non tamen a magistratu saeculari.*
33 *Requisita, ut ex causis relatis aliquis cogi ad emendum, aut vendendum possit.*

20

Quaeritur 1. quinam possint emere, et vendere? Resp. Emere, et vendere possunt omnes, qui liberam rerum suarum administrationem habent; *l. dudum* 14. *C. de contrah. empt. l. si convenerit* 18. §. *fin. ff. de pignor. act.* et alibi passim. Quosdam prohibet natura, ut infantes, furiosos, amentes, ebrios; *l. emptionem* 2. *C. de*

contr. empt. alios lex, ut pupillos, minorennes, prodigos; *tot. tit. inst. quib. alien. non lic. l.* 1. *et seqq. ff. de curat. furios. l. imperatoris* 1. *ff. de reb. eor. qui sub tutel.* Nonnulli vendere, et emere nequeunt interdicto juris speciali. Et tales sunt

21

1. *Qui cum imperio provinciis praesunt*, ut habent *l. non licet* 46. *l. qui officii* 62. *ff. de contrah. empt.* Et quidem *lege Julia repetundarum* cautum fuit, ne praesidi, vel procuratori Caesaris in ea provincia, quam administrat, per se, vel per alium liceat aliquid comparare, aut donatione acquirere, prohibita etiam usucapione rerum, acsi furtivae essent; *l. quod contra* 8. *ff. ad l. jul. repetund. l. aufertur* 2. §. *quod a praeside* 2. *ff. de jur. fisc. l. un. C. de contractib. judic.*

Hodie prohibitiones istae universim omnes cessarunt, postquam magistratuum officium, olim annuum, aut triennale, factum est perpetuum, ut passim notant DD. cum Bald. *l.* 3. *cons.* 330. *princ.* *Excipitur* casus subhastationis; nam ex bonis ita subhastatis judex, cujus authoritate illa hastae subjiciuntur, itemque exceptor, seu Graphiarius ab emptione illorum etiamnum hodie prohibentur, ne contra regulam juris in rem suam authores fiant; *l. quamquam* 1. *et l. quod decimus* 7. *ff. de auth. tutor.* Giphan. *in l.* 11. *C. de his, quae vi*, Vvisenbach. *ff. de contrah. empt. th.* 7. P. Friderich. *de emption. vendit. p.* 2. *n.* 118.

22

2. *Filiusfamilias*; nam etsi iste cum aliis contrahere emptionem venditionem possit, et ex hac civiliter obligetur; *l. tenetur* 6. §. *si filiusfam.* 7. *ff. de act. empt.* non tamen potest cum patre; et si contrahat, quamvis inde oriatur obligatio naturalis: sicut inter servum, et dominum §. *in omnibus* 1. *instit. de fidejuss. l. nec servus* 41. *ff. de pecul.* civiliter tamen ex ea venditione non obligatur; quia obligatio civilis inter patrem, et filium impeditur a patria potestate; *l. imperator* 50. *ff. ad S. C. Trebell.* et ratio est, quia patria potestas facit, ut pater, et filiusfam. una, eademque persona esse censeantur, et sic pater cum eo contrahens secum ipse contrahere videretur, quod fieri non potest. *Excipitur*, si filius patri vendat sua bona castrensia, vel quasi; *l. inter* 2. *ff. de contrah. empt.* Idem dicendum de peculio adventitio irregulari, in quibus pater usumfructum, et administrationem non habet, ut contra Eckolt *ff. de contrah. empt.* §. 3. cum communi DD. advertunt Gomez *tom.* 1. *var. cap.* 2. *n.* 2. Harpprecht *princ. inst. h. tit. n.* 124. P. Frideric. *tract. de empt. et vend. p.* 2. *n.* 120. *arg. l. fin.* §. *ipsum autem* 5. *C. de bonis, quae liberis etc.*

23

3. *Pupillus*: nam hunc inter, et tutorem celebrari emptio venditio nequit; *l. pupillus* 5. §. *item ipse* 2. *ff. de auth. tutor. l. si in emptione* 34. §. *fin. ff. de contrah. empt.* imo nec cum filio tutoris, vel alia persona huic subjecta; idem enim esset, ac si ipse tutor emeret, ut dicitur *l. pupillus cit.* §. *fin.* Eadem est ratio de curatore procuratore, eoque, qui aliena negotia gerit; *l. si in emptione cit. Excipitur* tutor, si administrationem non habeat; *l. tutores* 6. *ff. de author. tutor.* imo etiamsi administrationem habeat, si emat palam, et bona fide, et contutoribus, siqui sunt, consciis, ac consensum praestantibus; *l. pupillus* §. *item ipse cit. et* §. *sane* 4. *l. non existimo* 54. *ff. de admin. tut. l. cum ipse* 5. *C. de contr. emp.* vel etiam judice suam authoritatem accomodante, uti fit, quando magistratus jussu fit auctio, et publica venditio; nam judicis authoritas supplet authoritatem tutoris; *arg. l. sancimus* 25. *C. de admin. tut.* Brunem. *in l.* 5. *cit. n.* 2. Carpz. *p.* 2. *c.* 11. *defin.* 33. Ant. Faber *l.* 5. *C. tit.* 35. *def.* 2. P. Frider. *tr. de emp. et vend. p.* 2. *n.* 121. An vero tutor semper opus habeat authoritate vel contutoris, vel judicis, an sufficiat, si emat publice, et ut quivis de populo, controversum est. Prius illud est probabilius; quia tutor non potest sibi esse author, ut a pupillo emat; *l. pupillus cit.* Quando *l. cum ipse cit.* dicitur posse ipsum *palam*, *et bona fide comparare*, illud palam intelligendum est de casu, quo vel contutoris, vel judicis authoritas accedit.

24

4. *Advocatus* cum cliente; *l. quisquis* 6. §. *praeterea* 2. *Cod. de postul.* quia in fraudem juris pactio inter ipsos fieri posset de quota litis, et quidvis a cliente extorqueri. Extendunt hoc Bart. *ad l.* 9. *C. de profes. et medic.* Abb. *in c.* 8. *de immunit. n.* 34. et alii plurimi etiam ad *medicum* respectu aegroti, durante istius aegritudine quia par, imo major prohibendi ratio de his esse videtur, cum sanitas, et vita sint fere charissima, iisque tuendis quaecunque fortunae bona plerique impendant.

5. *Milites* in provinciis, in quibus militant, prohibentur sibi praedia comparare, praeterquam si paterna eorum fiscus distrahat; *l. milites* 9. *ff. de re milit.*

6. *Personae nobiles* eo modo, quem exprimit *l. nobiliores* 3. *C. de commerc. et mercat. ibi*, *nobiliores natalibus*, *et horum luce conspicuos*, *et patrimonio ditiores perniciosum urbibus commercium exercere prohibemus*, *ut inter plebejos*, *et negotiatores facilius sit emendi vendendique commercium.*

7. Denique *clerici* quoad negotiationem ipsis a jure canonico prohibitam: de quo ex instituto *infra tit.* 50.

25

Quaeritur 2. an detur obligatio emendi, aut vendendi? Resp. quamvis regulariter loquendo nemo ad vendendum, vel emendum possit compelli; *l. invitum* 11. *l. in vendentis* 13. *et l. dudum* 14. *C. de contrah. vendit.* quia nemo regulariter adigitur ad contrahendum, estque suarum rerum quilibet moderator, et arbiter, *l. in re mandata* 21. *C. de mandat.* plures tamen a DD. enumerantur causae, ex quibus magistratus subditos ad emendum vel vendendum possit compellere. Et talis est.

26

1. *Necessitas publica.* Ex hac 1. magistratus tempore inopiae publicae subditos suos, praecipue divites, et Dardanarios, vulgo *die hupperer*, *horn-juben*, compellere potest, ad frumentum, aliaque ad victum necessaria, si iisdem pro se, et familia sua alenda non indigeant, justo pretio vendenda; *arg. l. quoties* 1. *C. ut nemini liceat in empt. specier.* Covar. *l.* 3. *var. c.* 14 *n.* 3. Frider. *tr. de empt. vend. n.* 95. claris. P. Schmier *tr. de pact. et contr. c.* 2. *n.* 29. 2. In eadem annonae caritate magistratus prohibere potest, ne singuli civium plura coemant, quam opus habeant ad sustentationem familiae suae, propositis etiam poenis in transgressores, praesertim, quos dixi Dardanarios, qui frugum coemptione annonam flagellant, et famem inducunt in populo; *arg. l. annonam* 6. *ff. de extraord. crim.* 3. Ingruente famis, aut obsidionis periculo compelli subditi possunt, ut quae necessaria sunt alendae familiae, coemant; *arg. l. quoties cit.* Hun. *encyclop. p.* 3. *p.* 3. *t.* 14. *n.* 24. Sichard. *ad l.* 16. *C. de jur. delib. n.* 2. P. Frider. *n.* 97. Schm. *n.* 30. 4. Si provincia mercibus alicujus generis, aut victualibus abundet, vicinae egeant: et potest magistratus statuere, ut illa hospitibus, et exteris eodem, quo ipsis incolis, pretio distrahantur; *arg. cap. placuit* 1. *h. t.* Contra si provincia ipsa iisdem egeat, praecipi subditis potest, ut exteris hujusmodi victualia non divendant: imo ut Gibelin. *l.* 4. *de negot. c.* 4. *cons.* 6. notat, jam exteris vendita possunt cives, oblato eodem pretio sibi retinere, invitis externis emptoribus cum ordo charitatis postulet, ut prius domesticis, quam alienis succurratur. 5. Quando unus, vel plures habent frumenti copiam, quod magno pretio divitibus, et exteris vendunt, sicque evenit, ut pauperes, quia pretium tale offerre nequeunt, famem patiantur, potest magistratus ad succurrendum horum inopiae, cogere eos, qui frumento abundant, ut certo pretio illud indigenis pauperibus vendant; Gutier *l.* 1. *qq. pract. q.* 13. Gibal. *t.* 1. *c.* 7. *art.* 3. *cons.* 1. P. Frider. *n.* 99.

27

2. *Utilitas publica.* Ex hac causa compelli possunt 1. mercatores, et propolae rerum ad victum, et vestitum pertinentium, ut eas, etiamsi non sit gravis annonae, aut rerum illarum penuria, justo pretio vendant. Ita cum Bartol. Bald. et cummuni DD. Covar. *l.* 3. *var. cap.* 14. *n.* 1. Myns. *cent.* 5. *obs.* 27. P. Frider. *n.* 102. 2. Privati ad vendendos fundos, et aedificia sua pro construenda curia, vel domo annontaria, muniendu civitate, erigendo fortalitio etc. Molinaeus *ad cons. paris.* §. 76. *a n.* 27. Gibal. *l.* 4. *de neg. cap.* 4. *art.* 7. *cons.* 6. *n.* 7. P. Frid. *n.* 103. P. Schm. *n.* 31. et sumitur *ex l. opus novum* 3. *ff. et l. aedificia* 14. *C. de operib. publ. Ratio est*, quia haec pertinent ad utilitatem publicam, cui cedit privata. 3. Eandem ob causam cogi privati possunt, ut ad majus decus, et commoditatem civitatis in construendis novis aedibus spatium aliquot pedum viae amplificandae relinquant; *l. opus novum et l. aedificia cit.* P. Frider. *n.* 103. *cit.*

28

3. *Favor religionis, ac pietatis*: quamvis haec reduci ad secundam possit, cum religio ad utilitatem publicam vel maxime spectet, utpote quae praecipue in colenda religione consistit; *l. juri* 1. §. *hujus* 2. *ff. de J. et J.* Ex hac causa 1. si ad extruendam, vel ampliandam ecclesiam, vel alium pium locum necessariae sint vicinae aedes, aut fundi, cogi earum domini ad eas justo pretio vendendas possunt; Covar. *l.* 3. *var. c.* 14. *n.* 7. Genuens. *pract. eccl. q.* 241. *n.* 1. Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 241. *n.* 2. P. Frider. *n.* 106. et hoc teste unanimiter omnes. 2. Ex eadem causa beneficiarius dynasta fundi, in ecclesiae fundationem, aut constructionem assignati, cogi potest ad illum caducariis legibus, et successionum vicissitudine absolvendum, dummodo indemnis ipse servetur, facta et pecuniaria, vel alia compensatione; P. Frider. *l. cit.* 3. Ob eandem causam *l. Deo nobis* 56. §. *his ita* 3. *C. de episc. et cleric.* disposuit Justinianus ut judaeorum, et infidelium servi, si christianam religionem suscipiant, libertatem consequantur, nec retrahi in servitutem possint, tametsi postea etiam dominus eorum religionem eandem profiteatur: quam constitutionem moderata est ecclesia *can. fraternitatem* 15. *dist.* 54. *et cap. fin. de judaeis.*

29

4. *Jus alterius*, cujus usus alias omnino nullus, aut modicus foret, si alius ad rem suam vendendam, aut jus cedendum pro justo pretio compelli non posset. Ob hanc causam 1. siquis uti nequeat fundo suo, nisi ad eum iter habeat per fundum sui vicini, cogitur vicinus iste justo pretio iter vendere; *l. servum* 44. §. *fin. l. si fundum*

81. §. *qui fundum* 3. *ff. de leg.* 2. Si duo servum communem habeant, et unus velit illum manumittere, cogitur alter libertatis favore suam partem vendere, siquis illam redimere velit; *l. in communes* 1. §. *his itaque* 1. *C. de comm. serv. manum.* Pari ratione, si fiscus, et respublica rem quampiam cum privato communem habet, quam ipsa vult vendere, tunc socius quoque cogitur suam partem vendere; *l. un. C. de vend. rer. fisc.* Sich. *ad l.* 16. *C. de jur. delib. n.* 9. Haun. *p.* 3. *encyclop. t.* 14. *c.* 8. *n.* 14. P. Frid. *n.* 112.

30

5. *Malus rei usus*; *quoniam publice interest*, *ne quis re sua male utatur*, ut dicitur §. *sed hoc* 2. *inst. de his*, *qui sui, vel alieni juris etc.* Et hinc *ibidem* statuitur, dominos ob saevitiam cogi posse ad servos suos vendendos.

6. *Privilegium*, quod nonnullis civitatibus concessum est aut jus *stapulae*, ratione cujus merces illuc delatae ad tempus venum exponi debent, nec ulterius transferri possunt; aut jus *emporii*, ratione cujus unusquisque extraneus merces suas eo transferre, et venales exponere potest, sic tamen, ut extraneorum nemini, nisi mercatoribus illas, vendere permittatur; Scrych. *us. mod. pandect. tit. de contr. empt.* §. 5. claris. P. Schm. *de pact. et contr. c.* 2. *n.* 33. Plura vide apud *cit.* P. Frid. *a n.* 92.

31

Quaeritur 3. utrum in casu necessitatis publicae clerici, et religiosi compelli possint ad venditionem rerum, quarum penuria laborat respublica? Resp. Affirmative: neque hoc dubitari potest, cum jure naturae clerici teneantur occurrere publicis necessitatibus in defectum laicorum, et cons. ad satisfaciendum huic obligationi, ut aliis, si ultro illud non faciant, cogi poterunt.
A quo compelli possint, an a magistratu tantum ecclesiastico, an vero etiam a saeculari, contentio aliqua est inter DD. Bobadilla, Morla, Mexia, et alii JCti hispani existimant cogi illos etiam a magistratu saeculari posse. Et hoc verum est, spectata lege regia Hispanorum; quae quia saltem tacite est approbata a summis pont. judicibus secularibus dare potestatem potuit ad cogendos in hoc casu clericos.

32

De jure communi, et praescindendo a speciali privilegio pontificio tenendum est cum communi TT. et canonistarum sententia, hanc potestatem magistratui saeculari nequaquam competere, sed si casus contingat, quo cogendi sunt clerici, vel religiosi ad hujusmodi res vendendas, recurrendum esse ad judices, et praelatos ecclesiasticos, qui soli jurisdictionem in illos habent, nisi forte periculum, et fames ita urgeat, ut tali recursui non sit locus; tunc enim magistra-

tui saeculari permissum esset clericos, et personas ecclesiasticas ad venditionem talium rerum, intra limites tamen discretionis compellere, quod ita necessitas boni publici, defensio reip. nec non praesumpta summi pont. voluntas efflagitare videantur; Ranbeck *Panopl. immun. eccl. D.* 2. *cap.* 7. *coroll.* 5. P. Eriderich *p.* 2. *de empt. vend. n.* 101. clariss. P. Schmier *de pact. et contract. cap.* 2. *n.* 34. *et duob. seq.* Plura de his *infra tit.* 48.

33

Quaeritur 4. quaenam requirantur, ut ex causis hactenus relatis cogi aliquis ad vendendum, vel emendum possit? Resp. Requiruntur fere sequentia. 1. Ut necessitas, aut utilitas non ficta, sed vera sit, quae vel actu existat, vel immineat probabilissime. 2. Ut non possit alia commodiore, et minus molesta via singulis civibus provideri, vel consuli bono publico, aut religioni; quia alias iis, qui coguntur, fieret injuria, dum privarentur rerum suarum arbitrio. 3. Ut definiatur justum pretium; quia aequitati, et rationi consonum non est, subditum absque sua culpa carere pretio. 4. Ut onus vendendi, vel emendi aequaliter inter omnes dividatur, qui habent, quae vendant, aut unde emant. 5. Ut cessante necessitate, vel utilitate publica, cesset coactio. 6. Ut iis, qui compelluntur vendere, tantum relinquatur, quantum familiae sustentandae sufficit.

§. III.

De emptoris, et venditoris mutuo consensu.

SUMMARIUM

34 35 36 *An absolutus in emptionem venditionem consensus satis declararetur verbis*, volo vendere, volo emere ?
37 38 39 *An in emptionem venditionem faciendam consensus sufficienter censeatur expressus ab eo, qui prius promisit vendere rem pro certo pretio, et postea pretium istud recepit, ac mercem tradidit sine alia expressione consensus.*
40 41 *Quomodo emptioni venditioni addi possint arrhae, et quid juris si addantur?*
42 43 44 *An resiliri a contractu possit, quando arrha data est, absoluto jam consensu, ac venditione perfecta?*
45 *An venditioni adjici possit pactum addictionis in diem?*
46 *Requisita, ut effectum habeat.*
47 *Effectus, quos habet si pure addatur.*
48 *Effectus, quos habet, si addatur conditionate.*
49 *Oblata conditione meliori ab alio emptore solvitur prima emptio.*
50 *Et cessant effectus illius,*
51 *Quinam fructus tum restitui debeant?*
52 *An venditioni adjici possit pactum legis commissoriae? Rationes dubitandi.*
53 *Deciditur pro affirmativa.*
54 *Effectus istius pacti.*
55 *Fructus restituendi.*
56 *Requisita.*
57 *An venditio celebrari possit cum pacto de retrovendendo? Deciditur affirmative.*
58 *Modo augeatur, vel minuatur pretium pro modo favoris, aut oneris.*
59 *Responsio ad rationes dubitandi.*

Consensus iste in traditionem pretii pro re, et rei pro pretio fieri potest, ac solet vel absolute, vel sub conditione, vel adjecto pacto, aut modo, prout etiam in aliis contractibus fieri solent. Hinc variae circa hos modos, quibus emptio venditio iniri solet, quaestiones oriuntur.

34

Quaeritur 1. an absolutus in emptionem venditionem consensus satis declaretur verbis, *volo vendere, volo emere*? Videtur respondendum negative cum Mozzio *de empt. vendit. col.* 3. *n.* 46. ex ratione; quia *emere*, *et vendere* plus est, quam *emere, et vendere velle*, sicut plus est *in arborem ascendere*, quam *ascendere velle*, plus *professionem religionis emittere*, quam *emittere velle*, vel etiam

emissionem illius vovere : igitur sicut verbis posterioribus sola ascendendi voluntas, non ascensio, sola voluntas profitendi, non ipsa professio, ita etiam prioribus sola vendendi, et emendi voluntas, non actualis emptio venditio, seu consensus in traditionem rei pro pretio, aut vicissim exprimitur.

35

Sed etsi, spectata stricta verborum istorum significatione, res ita se habeat, tamen communi illorum usu, et circumstantiis attentis, absolutus ex ipsis in emptionem consensus praesumitur. Ita Accursius *in l. in vendentis* 13. *C. de contr. empt.* Haun. *tom.* 4. *tract.* 10. *n.* 23. *hic n.* 17. *Ratio est,* quia ad propositum contractum plus non requiritur, quam mutuus consensus, seu conventio de datione, ac receptione certi pretii nummarii pro merce: atqui consensus iste verbis, *volo hoc pretio vendere*, *et emere,* satis exprimitur, et non minus, quam verbo *volo* idem consensus declaratur in ultimis voluntatibus, quippe cum per idem verbum inducatur plena dispositio *l. Pamphilo* 39. §. *propositum* 1. *ff. de legat.* 3. *Conf.* 1. ex usu apud nos Germanos communissimo; saepissime enim venditor, et emptor consensum suum actualem non aliis verbis exprimunt, quam dicendo, *Ich Will es also lassen*, *Ich Will esumb disses gelt nehmen* : nec clarior consensus expresso requiritur, sed iis prolatis, quasi contracta actuali emptione venditione, pretium solvitur, et merx traditur. *Conf.* 2. ex paritate cum donatione, et matrimonio, nam si donans dicat, *Ich Will dirs schencken*, significatur absoluta donatio; et si sponsi a parocho interrogati in facie ecclesiae, an se mutuo conjuges habere velint, respondeant *volo*, matrimonium per verba de praesenti contractum censetur.

36

Ad rationem dubitandi non est paritas; nam ascensus in arborem est actio externa, quae sola voluntatis declaratione perfici nequit: et professio religiosa certam formam, et solemnitates per constitutiones religionis, aut mores introductas, requirit. Contrarium utique fit in emptione venditione; quia haec sola voluntatis declaratione perficitur, nec certam verborum formam, aut solemnitates requirit, sed quibuscunque verbis significari potest, modo illa, communi usu spectato, consensum contrahentium sufficienter explicent.

37

Quaeritur 2. an in emptionem venditionem faciendam consensus sufficienter censeatur expressus ab eo, qui prius promisit vendere rem pro certo pretio, et postea pretium istud recipit, ac mercem tradit sine alia expressione consensus? Negat Jason *in l. si ante* 6. *ff. solut. matrim.* qui proinde putat per ejusmodi traditio-

nem dominium non transferri ex ratione ; quia promissio vendendi non est venditio : atqui in casu posito solum adest promissio : ergo etc.

38

Sed melius tenetur affirmativa , quam etiam defendunt Socin. *in l. si ante cit. l.* 2. *cons.* 170. Fachin. *l.* 2. *contr. cap.* 5. *vers. ego* , Arnold. Rath. *th.* 7. *de contr. empt. n.* 8. Haun. *tom.* 4. *de J. et J. tract.* 10. *n.* 24. Vviest. *hic n.* 18. et alii apud istos. *Ratio est* , quia ut contracta censeatur emptio venditio , alio non est opus, quam ut sufficienter declaretur consensus contrahentium. Hoc autem factum est in casu quaestionis per solutionem pretii , et traditionem mercis , nam facta , et res non minus , quam verba sunt voluntatis , et consensus interni signa ; *l. de quibus* 32. §. *inveterata* 1. *ff. de legib. et l. recusari* 95. *ff. de acquir. vel omitt. haeredit.*

39

Ad argumentum Jasonis dico , etsi nuda promissio vendendi non sit venditio , aut consensus actualis in venditionem, fieri tamen, si ejusmodi promissione posita , superveniat pretii solutio , et mercis traditio; nam haec sufficienter exprimunt animum de praesenti transferendi dominium mercis pro pretio, et acceptandi pretium. Imo contrahi emptio venditio potest sine ullis verbis formalibus: quod in iis maxime rebus contingit, quae pretium lege , vel usu taxatum habent, ut est panis, quem dum emimus non raro contingit, ut pretium deponamus ad tabernam, accepto pro eo pane , consensu autem in emptionem ne verbo quidem expresso.

40

Quaeritur 3. quomodo emptioni venditioni addi *arrhae* possint , et quid juris, si addantur? Resp. *Arrha*, seu *arrhabo* dicitur, quod datur in confirmationem contractus, praecipue emptionis venditionis, ad ejus securitatem, et ut contrahentes illum ad effectum perducant. Dari regulariter solet ab emptore venditori. Consistit aliquando in pecunia , aliquando in re alia, non tamen tantae aestimationis , ut summam pretii venditionis aequet. Hinc pignus quidam ab arrha ; et arrhabone in eo distinguunt , quod pignus sit aliquid externum toti summae aequivalens , ut notat s. Thom. *in* 2. *cor. cap.* 5. *lect.* 2. arrha vero sit pars totius, et de toto fides , ut ait Chrysost. *serm.* 1. *de resurr. sub. fin. et hom.* 2. *ad ephes.* quandoque datur super facienda emptione juxta *l. contractus* 17. *vers. illud etiam C. de fid. instum. et l. ex empto* 11. §. *is, qui vina* 6. *ff. de action. empt. princ.* quando videlicet solum fit promissio de faciendo contractu, aut contrahentes hunc volunt esse suspensum usque ad con-

fectionem scripturae, vel taxationem pretii ab alio faciendam. Quandoque, et crebrius datur in argumentum venditionis jam contractae; *inst. h. tit. et l. quod saepe* 35. *princ. ff. de contrah. empt.*

41

Quando *primo modo* tradita est arrha, nim. contractu nondum perfecto, in arbitrio contrahentium est vel contractum perficere, et sic arrham recipere, aut in partem pretii computare; vel poenitere, seu a contrahendo abstinere cum amissione arrhae. Ubi distinguendum est inter eum, qui arrham dedit, et inter illum, qui eam accepit; nam si resilit is, qui illam dedit, altero invito, et sine justa causa, eam amittit, et lucratur alter, qui accepit. Contra si resilit, qui arrham accepit, tenebitur praeter ipsam restituere tantundem de suo, et hoc alter lucrabitur; *princ. inst. h. tit. l. contractus vers. illud etiam cit.* Dixi *altero invito, et sine justa causa*; aliud est, quando ex justa causa receditur, vel mutuo utriusque consensu: nam tunc restitui arrha debet; *l. ex empto §. is, qui vina cit. et l. fin. C. quand. lic. ab emption. disced.* cum repetitur, licet non consistat in pecunia, non rei vindicatione, sed vel conditione sine causa, vel actione ex empto repeti debet; *§. is, qui vina, et l. fin. cit.*

42

An resiliri a contractu possit, quando arrha data est secundo modo, et absoluto jam consensu, ac venditione perfecta, ambiguum est. Affirmant Gomez, *tom.* 2. *var. cap.* 2. *n.* 18. Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 338. *n.* 3. Fachin. *l.* 2. *contr. cap.* 28. Brunnem *in l.* 17. *C. de fid. instr. n.* 8. Fundantur 1. quia arrharum datione, et receptione id tantum agi inter contrahentes censetur, ut qui resilierit, si arrhas dedit, illas amittat, si recepit, easdem duplicatas restituat, et eo pacto resilire a contractu integrum utrique sit. 2. *princ. inst. h. tit.* dicitur licitum esse poenitere, *sive in scriptis, sive sine scriptis celebrata venditio sit*; atqui verbum *celebrata* significat venditionem perfectam: ergo etc. 3. arrha est argumentum emptionis contractae *princ. inst. h. tit. et l. quod saepe* 35. *pr. ff. de contrahen. empt.* ergo non dantur, nisi contractu jam perfecto; dum ergo jura dicunt, cum jactura arrhae licitum esse resilire a contractu, permittunt resilire a contractu perfecto. 4. Qui nominatim in re aliqua cavet, aliis beneficiis, et remediis renuntiare videtur: ergo siquis in emptione sibi cavit per arrham, censetur eo ipso renuntiare juri, quo alias alterum contrhaentem obligare potest ad implendum contractum.

43

Sed dicendum, non esse licitum resilire ab emptione, quando arrha data est post perfectam emptionem, etiamsi non sit data in

partem pretii, vel traditio rei nondum sit facta. Ita post Cynum, et Bartolum sentiunt Vvesenbec. *ff. de contr. empt. n.* 6. Eckolt *ibid.* §. 6. Bachov. *in Treull. vol.* 1. *D.* 28. *th.* 8. *lit. B.* Harpprecht *pr. inst. h. tit. n.* 91. Struv. *synt. jur. exercit.* 23. *th.* 22. Carpzov. *p.* 2. *const.* 33. *def.* 14. P. Friderich. *tr. de empt. vendit. n.* 410. et alii apud istum. *Ratio est*, quia a contractu emptionis perfecto resilire non licet, si absque arrha sit celebratus; *l. de contr.* 3. *l. non est* 6. *et l. ratas* 7. *C. de rescin. vendit. l. fin. C. quand. lic. ab empt. disced. l. sicut* 5. *C. de O. et A.* igitur multo minus licebit recedere, si non tantum nudo consensu, sed etiam arrhae datione firmata est; quia haec non datur infirmandae venditionis causa, sed confirmandae, ut nim. fortius obliget contrahentes, sitque argumentum contractus perfecti, ex quo iste in judicio probari possit. *Conf.* emptor ad remittendam obligationem ex contractu sibi quaesitam, cogi invitus nequit, etsi venditor duplum pretii offerat; *l. non est cit.* igitur multo minus propter arrham resiliri potest, cum ista non adaequet pretium, sed saepe sit modica duntaxat ejusdem pars.

44

Neque contrarium probant argumenta allata. *Ad* 1. non est praesumendum istud de contrahentium voluntate, sed potius contrarium, cum addita censeri ab iis arrha debeat secundum juris praescriptum, ex quo, ut dictum est *n. praeced.* non relaxandae, sed confirmandae obligationis est argumentum. *Ad* 2. ibi imperatorem non loqui de contractu omnino perfecto, patet ex verbis immediate antecedentibus, ubi dicit, *donec aliquid deest*, ad perfectionem nempe contractus, esse *poenitentiae locum*, ita quidem, ut si arrhae datae non sint, id omnino impune liceat; si vero datae sint, cum harum jactura: igitur per argumentum a sensu contrario, si nihil substantialium deest, non amplius erit poenitentiae locus, etiam cum jactura arrharum. *Ad* 3. aliquando arrhae sunt argumentum emptionis contrahendae, si ante fuerint datae: quod fieri posse constat tum ex *l. contractus* 17. *C. de fid. instr.* tum ex praxi contrahentium. *Ad* 4. antecedens locum duntaxat habet, quando quis cautione sua sibi prospexit de re aliqua, in qua ei prospicitur sine cautione privata; non vero in aliis, sed in his cautio posterior priorem confirmat, ut fit in casu *l. praedia* 28. *ff. de act. empt.* ubi venditor, si poenam stipulatus est, agere ex vendito potest, et simul ex stipulatu, si actione ex empto poenam nondum est consecutus.

45

Quaeritur 4. an venditioni adjici valeat *pactum addictionis in diem*, quo inter emptorem id agitur, ut venditori liceat rem venditam uni, addicere alteri, si hic intra certum tempus meliorem ipsi

conditionem, e. gr. majus pretium, aut faciliorem, vel maturiorem solutionem offerat? Resp. affirmative. Ita *l. licet* 7. *ff. de in diem addict. et l. quod autem* 11. *princip. ff. eod.* Neque hujusmodi pactum adjectum jure canonico reprobatur: imo nec causa reprobandi fuit; si enim venditor ob tenuitatem pretii, a primo emptore oblati, potest rem ipsi omnino vendere nolle, et alium plus offerentem exspectare; quare non etiam ea conditione eidem vendere, ut si interea alius emptor meliorem conditionem offerat, eamque primus emptor praestare nolit, res vendita addicatur secundo emptori?

46

Ut valeat pactum hoc, et effectum habeat, plura requiruntur. 1. ut alius emptor conditionem meliorem offerat sincere, et sine dolo, aut simulatione. 2. ut oblatam conditionem meliorem nolit primus emptor ipse praestare; *l. licet* 7. *ff. de in diem addict.* 3. ut venditor meliorem conditionem acceptet; *l. Sabinus* 9. *ff. eod.* 4. ut intra diem edictionis venditor non moriatur, vel si mortuus sit, ut existat aliquis haeres, cui possit melior conditio afferri; *l. si praedio* 15. *ff. eod.* 5. ut venditor secundo emptori rem addicat simpliciter, et non cum nova addictione in diem, nisi aliter inter venditorem, et primum emptorem conventum sit; *l. quod autem* 11. *ff. eod.* 6. ut pactum venditioni in continenti adjiciatur; nam si adjiciatur ex intervallo, non resolvitur venditio, nec dominium ad venditorem revertitur absque traditione; gloss. *in l. ab emptione* 58. *ff. de pact.*

47

Potest autem venditio sub eo pacto fieri dupliciter, pure, et sub conditione. Et plurimum refert, utro ex his modis fiat.

Nam si pure fiat venditio sub eo pacto. 1. conditionem usucapiendi praestat, ita, ut emptor, cui res in diem pure addicta est, praescribere illius rei dominium irrevocabile possit, si cetera ad usucapionem necessaria adsint; *l. quoties* 2. §. *ubi igitur* 1. *ff. de in diem addict.* 2. potest hujusmodi emptor fructus suos facere, saltem revocabiliter, et hoc non tantum ut bonae fidei possessor, seu etiam ut dominus, cum per talem quoque emptionem, secuta traditione, acquirat dominium, quamvis revocabile: et eadem ratio est de accessionibus; §. *ubi igitur. cit.* 3. potest rem pignorare; *l. ubi autem* 4. §. *sed et Marcellus* 3. *ff. eod.* item vindicare, et agere interdicto *quod vi aut clam*; *l. ubi autem cit.* §. *idem Julianus* 4. 4. ad ipsum pertinet periculum rei emptae, si interierit; §. *ubi igitur cit.* qui res domino suo perit, et non alii.

48

E contrario, si venditio conditionalis fuerit 1. per eam non transfertur dominium, etiam secuta traditione; quia conditio tunc ef-

fectum illius suspendit usque in tempus, quo lapso melior conditio venditori non amplius offerri potest. 2. etiam non dat usucapiendi conditionem, donec contractus ita suspensus manet, ut patet ex *l. pro emptore 2. §. si sub conditione 2. ff. pro emptore*, ibi, *si sub conditione emptio facta sit, pendente conditione emptor non usucapit*, et ratio clara est, quia usucapio aeque, ac dominium, requirit titulum praecedentem, et perfectum, quo emptor hoc casu destituitur: 3. nec fructus lucratur; *l. ubi autem cit. princ.* ibi, *nec fructus ad eum pertinere.*

49

Si melior conditio intra statutum tempus venditori ab alio emptore non offeratur, aut oblata non acceptetur, res vendita primi emptoris fit irrevocabiliter. *Proceditque hoc*, sive pure, sive sub conditione sit celebrata emptio venditio; tunc enim transit in absolutam, ita quidem, ut eventus conditionis retrotrahatur ad tempus celebrati contractus, ac proinde fructus, et commoda ad emptorem pertinent a die celebrati contractus; Lauterbach. *ad ff. tit. de in diem addict.* §. 22. Contra si melior conditio ab alio emptore offeratur, et acceptetur a venditore, prima venditio dissolvitur, et res vendita addicitur secundo emptori, nisi primus emptor meliorem conditionem, a secundo oblatam, acceptare paratus sit; habet enim quasi jus protimiseos, ex prima venditione sibi quaesitum, ita, ut eandem conditionem implere volens, secundo praeferatur; *l. licet* 7. *et l. seq. ff. de in diem addict.*

50

Ex quo sequitur, quod etiam cessare debeant omnes effectus, quos emptio venditio, antequam melior conditio offerretur, et acceptaretur, habuit. Patet in emptione venditione, quae facta est sub conditione, *nisi melior conditio offeratur*; nam haec, ista oblata, reputatur pro non facta; *l. siquis fundum* 37. *ff. de contrah. empt.* De facta pure ostenditur. Nam 1. dominium redit ad venditorem ipso jure absque omni actione, et traditione; sicut et rei vendicatio, utpote quae tunc emptori non amplius competit; *l. siquis* 41. *pr. ff. de R. V.* idque vi istius legis probabilius verum est non tantum, quando pactum initum est verbis directis, sed etiam quando obliquis, ut Molin. *tract.* 2. *D.* 378. *n.* 9. Pal. *D.* 5. *p.* 32. *n.* 6. P. Friderich. *tract. de empt. vendit. n.* 445. *et* 451. advertunt: 2. res ita empta desinit esse pignori, si emptor illam medio tempore oppignoravit; *l. ubi autem* 4. §. *sed et* 3. *ff. de in diem addict.* 3. fructus quoque, quos interim percepit emptor, restituere tenetur cum omni commodo, et accessione; *l. item* 6. *ff. de in diem addict.* nam titulus rediit ad non titulum, et causa ad non causam.

51

Quinam fructus restitui debeant, contentio est aliqua inter DD. non quidem quoad formaliter extantes (nam hos restituendos apud eosdem convenit ;) sed quoad consumptos. Aliqui enim distinguunt inter simpliciter consumptos , et inter eos , qui virtualiter extant , quatenus inde emptor factus est locupletior ; nam a priorum restitutione eundem absolvunt , obligant ad restitutionem posteriorum. Ita Zoes. *ff. de in diem addict. n.* 15. Struv. *synt. jur. exercit.* 23. *th.* 34. P. Friderich. *de empt. vendit. n.* 451. Conformius iis , quae *libr.* 2. *tit.* 13. *n.* 51. dixi , sentiunt , qui cum clariss. P. Schmier *de pact. et contr. cap.* 2. *n.* 153. *et seqq.* eundem solum obligant ad restituendos fructus formaliter extantes , non autem ad consumptos , licet ex iis factus sit locupletior. Et merito , cum neque venditor restituere debeat usuras , et alia emolumenta , quae interea percepit ex pretio sibi numerato. Unde cum dicitur , quod per oblationem conditionis melioris acceptatam omnia reponantur in eum statum , in quo res erat ante venditionem , id intelligendum est quoad rem , et fructus extantes , non etiam quoad rem , et fructus consumptos , etiam cum lucro.

52

Quaeritur 5. an venditioni adjici valeat *pactum legis commissoriae* , ut si emptor pretium intra certum tempus non solverit , res sit inempta ? *Ratio dubitandi est ,* quia contingere potest , ut pretium ex causa justa intra tempus constitutum non solvat , et cons. lex commissoria cesset : quales causae sunt , si quamvis vellet , solvere tamen illud emptor non possit ; si dum solutionem offert , venditor sit domo absens , vel oblatam sine justa causa recuset admittere ; si debitor per compensationem ab obligatione sit liberatus ; si ne solveret , inhibitum fuit a fisco , utente jure agendi contra venditoris debitoris sui debitorem , sive emptorem.

53

Sed respondendum est distinguendo , an culpabiliter intra constitutum tempus emptor non solverit pretium , an vero inculpabiliter , et ex justa causa. *Si hoc secundum*, ut fit in casibus pro ratione dubitandi allatis , lex commissoria cessat ; *l. si fundus* 4. *fin. et l. fin. de leg. commiss.* cons. etsi additum sit ejusmodi pactum , tamen per non factam constituto tempore solutionem res non sit inempta. *Si primam* , per ejusmodi pactum , et non factam solutionem ad tempus constitutum res inempta fit , et ad venditorem , recuperare volentem , revertitur; *l. cum venditor* 2. *l. nam legem l. si fundus* 4. *et cap. ff. de leg. commiss. Ratio est* , quia contractus emptionis venditionis jam perfectus mutuo contrahentium consensu dissolvi po-

test, et res empta venditori, pretium vero emptori restitui; *arg. cap. omnis res* 1. *et l. nihil* 35. *ff. de R. J.* igitur etiam initio inter contrahentes conveniri sic potest, ut si constituto tempore pretium non solvatur, vel alia conditio apposita non impleatur, dissolvatur contractus, et res inempta fiat; nam ut habetur *reg. contractus* 85. *in* 6. contractus ex conventione legem accipere dignoscuntur.

54

Dixi *ad venditorem eam recuperare volentem*; quia in arbitrio venditoris est, an casu, quo emptor pretium solvere constituto tempore culpabiliter distulit, post tempus oblatum recusare velit, et sic rem inemptam facere, an vero illud recipere, et stare contractu, quo secundo casu etiam emptor eo stare tenebitur, et soluto pretio ipsum implere; *l. nam legem* 3. *l. si fundus* 4. §. *eleganter* 2. *ff. leg. commiss.* Mantica *de tacit. et ambig. convent. l.* 4. *tit.* 29. *n.* 9. *et seqq.* Molin. *tract.* 2. *de just. D.* 368. *n.* 2. Brunnem *ad ff. de leg. commiss. n.* 1. *et* 2. P. Friderich. *tract. de empt. et vend. n.* 431. *Ratio est*, quia quod ejusmodi pacto res fieri inempta possit, est introductum in favorem venditoris: detorqueretur autem in detrimentum ipsius, si non esset in illius arbitrio uti lege commissoria, et rem inemptam facere contra regulam *l. nulla* 25. *ff. et l. quod favore* 6. *C. legib.* Accedit, quia alias emptor ex propria sua culpa haberet commodum, et ab obligatione se liberandi liberam nancisceretur facultatem contra *l. quod favore* 6. *C. legib.*

55

Fructus, quos emptor medio tempore percipit, pertinent ad ipsum quidem; quia interim est dominus rei sibi traditae: eos tamen restituere tenetur, si res inempta fiat, et ad venditorem redeat; *l. lege* 5. *ff. de leg. commiss.* quod verum videtur non tantum de fructibus extantibus, sed etiam de consumptis, etiamsi ex iis lucrum non senserit; quia tantum sub conditione tacita concessi censentur, *si pretium emptor numeraverit.* Ita clariss. P. Schmier *tract. de pact. et contr. cap.* 2. *n.* 158. et favere videtur Zoes. *ff. de leg. commiss. n.* 4. Lauterbach *ibid.* §. 11. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 190. qui simpliciter asseruere, fructus, interim ab emptore perceptos, esse restituendos. *Neque obstat*, quod secundum dicta *n.* 51. casu, quo venditioni adjectum est pactum addictionis in diem, et meliore conditione venditori oblata, res empta ad venditorem redit, in restitutionem non veniant fructus bona fide consumpti; nam eo casu emptor extra culpam versatur, in nostro autem casu sibi imputare debet, quod pretium constituto tempore non solverit, sicque indignum se fecerit, ut quidquam commodi sentiat

ex negotio, in quo fidem fefellit; *l. lege* 5. *in fin. ff. de leg. commiss.*

56

Porro ut pactum istud dictos effectus habeat, quatuor haec requiruntur: 1. ut adjectum sit in continenti; nam si ex intervallo fiat, non solvitur venditio, nec dominium ad venditorem redit, ipso jure, et absque traditione. Ita cum Bald. Salycet. et communi aliorum notant Covar. *l.* 3. *var. cap.* 8. *num.* 1. §. *haec vero;* Molin. *tract.* 2. *D.* 378. *n.* 10. Pal. *D.* 5. *p.* 32. *n.* 4. 2. ut conceptum fuerit verbis directis, qualia sunt, *res sit inempta*, *contractus*, *nullus*, *habeatur pro non facto etc.* nam si factum sit verbis solum obliquis v. g. *dissolvatur contractus*, *res ad me redeat etc.* non habebit effectum transferendi dominium ipso jure in venditorem, sed opus erit traditione; quia tunc non tam est pactum legis commissoriae, quam pactum retrovendendi, et sic irritatio venditionis non censetur retrotrahi ad tempus celebrati contractus, sed solum valet in tempus consequens: 3. ut statim, atque lex commissa est, venditor statuat, an commissoriam velit exercere, an vero pretium petere; *l. si fundus* 4. §. *eleganter* 2. *ff. de leg. commiss.* quia utrumque facere non potest, cum is, qui pretium petit, hoc ipso censeatur a lege commissoria recessisse; *l. de lege* 6. §. *fin. et l. seq. ff. eod.* 4. ut si venditor alterutrum elegerit, non variet; neque enim quod semel elegit, repudiare poterit, aut quod repudiavit, eligere; §. *eleganter cit. et l. post diem* 7. *ff. eod.*

57

Quaeritur 6. an venditio celebrari etiam valeat cum *pacto rem venditam revendendi*, sive, ut loquuntur, *retrovendendi*? *Rationem dubitandi* faciunt duo textus: 1. *c. ad nostram* 5. *h. tit.* ubi venditio, et emptio, facta cum pacto redimendi, seu retrovendendi, praesumitur contractus usurarius, sive usura palliata. 2. *c. illo vos* 4. *de pignor.* in quo similiter foenoratitius censetur contractus, quo res emitur eo pacto, ut post tempus rem emptam emptor restituat venditori.

Sed dicendum, pactum hujusmodi apponi venditioni sine usuraria, vel alia iniquitate posse, modo sic fiat, ut pro favore, vel onere, quod ex hujusmodi pacto alteruter contrahentium habet, urgeatur, vel minuatur pretium rei venditae. Ita Covar. *l.* 3. *var. c.* 8. *n.* 3. *vers. his sane*, Molin. *tr.* 2. *D.* 375. *n.* 2. Less. *l. c.* 21. *n.* 113. *et seq.* Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 16. *n.* 18. Fachin. *l.* 2. *contr. c.* 12. Berlich *p.* 2. *concl.* 1. *et* 2. Carpzov. *p.* 2. *const.* 1. *defin.* 1. *et seq.* Vvisenbach. *in ff. p.* 1. *D.* 35. *th.* 33. P. Pirh. *hic n.* 30. *et seqq.*

P. Vviest. *n.* 21. *et seq* P. Friderich *n.* 464. *et seq.* clariss. P. Schm. *de pact. et contr. c.* 2. *n.* 168. et favet utrumque jus canonicum *c. cum Joannes* 10. *de fid. instr. et extrav. regimini h. tit. inter comm.* civile *l. si fundum* 2. *C. de pact. int. empt. et vendit compos. Ratio est*, quia contrahentibus est liberum vel non contrahere, vel contractui legem ponere, ut patet in pacto addictionis in diem, et legis commissoriae, dummodo sincere cuncta agantur, nec quidquam in fraudem legis per usuram palliatam attentetur: atqui hujus non est periculum, si, ut dictum est, pro modo oneris pretium rei venditae minuatur, augeatur pro modo favoris: ergo etc.

58

Dixi, *modo augeatur, vel minuatur pretium pro modo favoris, vel oneris*; nam onus hoc, et favor est pretio aestimabile: Et hinc si pactio hujusmodi cedat in gratiam, et favorem solius venditoris, pretium rei venditae debet minui, cum ex hujusmodi pactione emptori imponatur aliquod onus, et sic pretium mercis decrescat. Si vero cedat in favorem emptoris, pretium augeri debet; quia tunc onus patitur venditor, et sic pretium mercis crescit. Quantum vero de pretio rei, cum pacto de retrovendendo venditae, sit detrahendum, ut censeatur justum, non conveniunt DD. nam aliqui censent illud juste diminui posse usque ad tertiam partem, ut si res absolute vendita valeat 30. fl. cum tali pacto valeat 10. Alii usque ad quartam partem, ita, ut res, quae valet secundum se 20. fl. si cum tali pacto vendatur, valeat solum quinque. Alii denique, et omnium optime cum Covar. *l.* 3. *var. c.* 10. *n.* 1. et 2. Molin. *tract.* 2. *D.* 375. *n.* 8. Tambur. *c.* 7. §. 8. *n.* 19. Pirh. *hic n.* 32. dicunt, id esse prudentis arbitrio, sive judicis officio aestimandum, et definiendum, spectatis circumstantiis, nempe expensis in rem faciendis, longitudine, et brevitate temporis, et cujusque regionis consuetudine. Idem dicendum, quando ob onus, impositum venditori, augendum est pretium.

59

Conclusioni sic explicatae non obstant textus allati pro ratione dubitandi. *Ad* 1. Venditio ibi facta, tanquam usuraria, reprobata est, non propter intercedens pactum de retrovendendo, sed quod non fuerit vera venditio, sed potius contractus pignoratitius sub venditionis specie initus, ut palliaretur usura; volebat enim eo contractu emptor, aut verius ex mutuo creditor lucrari annuas pensiones, et fructus ex domibus, et olivis in speciem venditis, reipsa pignori datis provenientes, salva sorte, quam pro hujusmodi domibus, et olivis dedit, quippe post septennium restituenda; adeoque accipere voluit revera titulo mutui aliquid ultra sortem, quod est usura. *Ad*

2. eadem est responsio; nam etiam eo casu contracta fuit in speciem quidem venditio, reipsa vero oppignoratio pro mutuo, et hujus titulo palliata usura.

§. IV.

De re, seu merce, secundo emptionis venditionis constitutivo.

SUMMARIUM

60

Consensus, de quo hactenus, ad formam contractus emptionis venditionis pertinet; merx, seu res, quae pro pretio emenda proponitur, ad ejus materiam. Haec, ut mercis nomen obtineat. 1. debet esse certa, et determinata, ut *n.* 8. dixi: et *ratio est*, quia rei incertae certum pretium statui nequit, quod tamen necessarium dicta *n.* 7. 2. debet esse in rerum natura, vel saltem sperari extitura, ut fructus agri, foetus animalium: et sic intelligi debet, quando secundum; *l. nec emptio* 8. *pr. ff. eod.* dicitur: *nec emptionem, nec venditionem sine re, quae veneat, posse intelligi.* 3. debet esse in commercio humano, nec aliunde per jus positivum vendi prohibita; *l. si in emptione* 34. §. *omnium* 1. *ff. eod.* His suppositis

61

Quaeritur 1. quaenam res vendi nequeant? Resp. 1. vendi nequeunt *res spirituales*, ut sunt gratia sanctificans, aut gratis data, sacrificium missae, absolutio, ordinatio sacra etc. et *spiritualibus*

annexae, sive deinde annexae iisdem sint *consequenter*, et spiritualia, tanquam causa supponatur, ut beneficia, pensiones ecclesiasticae, jus decimandi etc. sive *antecedenter*, ut templa, altaria, calices etc. sive *concomitanter*, ut labor, qui in sacrificatione, vel alio ministerio, et functione spirituali subitur: quorum omnium ratio, quia hujusmodi rerum venditio labem simoniae continet, et graviter adversatur religioni, ac multoties etiam justitiae.

62

2. *Res sacrae*, i. e. quae ad cultum divinum specialiter deputatae, et rite consecratae sunt, nam istae vendi ad usum privatum, seu profanum nequeunt; §. *sacrae res* 8. *inst. de rer. divis. Ratio est*, quia non sunt humani, sed divini juris, adeoque extra humanum commercium; §. *idem juris* 2. *inst. de inutil. stipul.* §. *fin. inst. h. tit. et reg.* 51. *in* 6. ubi dicitur, *quod semel Deo dicatum est*, *non esse ad usus humanos ulterius transferendum. Excipitur* causa pietatis, e. g. redimendi captivos; nam ob hanc, vel aliam similem piam causam calices, et vasa alia, ac vestes sacrae vendi possunt, ut dictum est *tit.* 13. *n.* 57. Si tamen laico vendantur, ejusmodi vasa, ac vestes non debent iisdem vendi integrae, sed calices conflari, aut frangi, vestes sacrae dissui debent, ut habetur *l. sancimus* 21. *et auth. praeterea C. de ss. eccl.* Intellige, si periculum sit sacrilegii, et usus ejusmodi rerum ad actus profanos; nam si periculum hoc absit, quia videlicet laicus hujusmodi res emit, ut per sacerdotem in oratorio vel capella sua iis utatur, etiam integrae vendi laico possunt, ut recte advertit Suarez, *tom.* 1. *de relig. l.* 4. *de simon. c.* 15. *in fin.*

63

3. *Res ecclesiarum immobiles*, *et mobiles pretiosae*; nam hae sine solemnitatibus a jure requisitis vendi nequeunt, ut dictum est *tit.* 13. *a n.* 26. *Neque obstat*, quod comparare illas sibi ecclesia possit sine hujusmodi solemnitate; quia hoc ideo potest, quod emptio talium rerum plerumque sit utilis, cum e contrario venditio soleat esse damnosa ecclesiae.

4. *Res publicae*, seu publicis usibus destinatae, uti sunt fora, theatra, basilicae, thermae publicae, viae publicae etc. *l. sed celsus* 6. *pr. l. littora* 51. *et l. pacta* 72. §. *Papinianus* 1. *ff. de contrah. empt.* quia, ut *c. ratio* 3. *de praeb. et dign.* dicitur, *ratio nulla permittit*, *ut quod pro communi utilitate datum esse dignoscitur*, *propriis cujusquam usibus applicetur.*

64

5. *Fundus dotalis*, vel alia res immobilis, quam uxor marito attulit ad matrimonii onera supportanda; *inst. princ. quib. alien. non*

tic. et l. fundus 3. *etc. ff. de fund. dotal.* Idem dicendum de rebus aliis donatis propter nuptias, sive in compensationem, et securitatem dotis, ut recte advertit P. Vviestner *hic n.* 74. *Proceditque hoc*, etsi mulier in ejusmodi alienationem consenserit, et juri suo renuntiarit; *auth. sive a me C. ad S. C. vellejan. Excipitur*, nisi huic renuntiationi se non contraventuram jurasset; *c. cum contingat* 28. *de jurej. et c. licet* 2. *eod. in* 6. vel post biennium secunda vice consenserit, et maritus alia bona habeat, ex quibus indemnitati mulieris sufficienter cautum, atque prospectum sit, ut habetur *auth. cit.*

65

Res propria ipsius emptoris, ut patet ex *l. suae rei* 16. *ff. l. cum res* 4. *et l. si mulier* 10. *C. de contr. emp.* quibus textibus ejusmodi emptio rei propriae, sive scienter sive ignoranter facta sit, dicitur esse nulla. *Ratio est*, quia, *quod meum est*, *ex alia causa fieri meum non potest*, *nisi desierit esse meum*, ut ex legum sanctionibus advertit Innoc. III. *c. inter* 6. *vers. ceterum de fid. instr.* Quodsi tamen alius jus aliquod in re istiusmodi habet, emi illud a domino rei potest; *l. si in emptione* 34. §. *rei suae* 4. *ff. de contr. empt.* Mantica *de tacit. et ambig. convent. l.* 4. *t.* 5. *n.* 18. Mozz. *de emp. t. de rebus n.* 55. Perez *in C. de contr. emp. n.* 13. Brun. *ib. ad l. cum res cit. n.* 2. Vviest. *hic n.* 75. *Ratio est*, quia tali casu non rem suam, sed rei suae alienam possessionem, aut alienum in ea jus emit.

66

7. *Liber homo*, *suique juris* pro servo; §. *fin. inst. h. t. Ratio est*, quia in emptione intervenire debet certum pretium, et aestimatio; hanc autem liberum corpus non recipit *l. praetor ait* 1. §. *sed cum* 5. *ff. de his*, *qui effud. vel dejec.* cum libertas inaestimabilis sit; *l. libertas* 106 *ff. de R. J.*

8. *Res de se malae*, aut indifferentes quidem, sed expetitae ad usus malos, ut fascinum, amuletum magicum, libri impuri, haeretici, famosi etc. arma et opera sicarii ad occidendum inimicum intenta, prostitutio corporis, lenocinium etc.

9. Denique res aliae, de quibus specialis est juris prohibitio: uti sunt 1. *Res litigiosae* ut habetur *c. fin. de sequestr. poss. et toto t. ff. et C. de litigios.* 2. *Res emphyteuticae*, *et feudales*, si venditio fiat inconsulto domino directo; *l. fin. C. de jur. emphyt. et l.* 2. *feud. t.* 52. *c.* 2. *et t.* 55. *pr.* 3. Arma, equi, commeatus, metalla, naves etc. si ea vendantur barbaris, et romani imperii hostibus; *l. ad barbaricum* 1. *et l. seq. C. quae res export. non deb.*

67

Quaeritur 2. utrum res aliena vendi possit? Videtur non posse eandem vendi; quia emptio venditio est translativa dominii : atqui venditor rei alienae dominium, cum ipse eodem careat, in emptorem transferre non potest: ergo etc. *Conf.* si valeret emptio venditio rei alienee, venditor teneretur eam emptori tradere ; hoc enim est de ratione istius contractus, si validus sit, ut habetur *l. servus* 3o. §. *si sciens* 1. *ff. de act. empt. ibi*; *venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat*: atqui tradere rem alienam non domino est illicitum, et ad illicitum obligari nemo potest: ergo etc.

Sed respondendum est distinguendo: vel enim res illa aliena vendita est usu consumptibilis, quae functionem recipit, vel non. *Si primum*, ex praesumpta domini voluntate emptio venditio illius valet, quamvis emptor sciat illam alienam esse, modo iste ejus sit intentionis, aut si forte alienans domino non satisfaciat, rem aeque bonam illi reddendo, ipse acceptam sit redditurus, vel aliam ejusdem qualitatis, et bonitatis. Ita Medin. *q.* 4. *de rebus per usuram acquisitis* Molin. *tr.* 2. *D.* 33o. *post init.* Rebel. *p.* 2. *l.* 1. *q-* 7. *concl.* 2. Salas *de usur. dub.* 42. *n.* 3. Pal. *tr.* 32. *D.* 1. *p.* 13. *n.* 5. *et seq. qui n.* 9. pluribus aliis *cit.* putat eo casu etiam dominium in emptorem transferri. *Ratio est*, quia cum domini nihil intersit rem propriam sibi reddi, quando altera ejusdem qualitatis, et bonitatis absque mora , et incommodo redditur , circa praedictam alienationem rationabiliter invitus esse non potest.

68

Si secundum, interest, utrum emptor sciat rem illam alienam esse, an dubitet, an vero omnino ignoret. *Primo casu* facta venditio est invalida, neque venditor tali casu tenetur de evictione , aut ad compensanda damna inde secuta, nisi aliter inter ipsum, et emptorem convenerit; *l. si in emptione* 34. §. *item si* 3. *ff. de contrah. vend. l. si fundum* 27. *C. de evict. l. si fratres* 7. *C. commun. utriusq. judic.* quia conscius vitii rei emptae , ejus periculum in se suscipit , nisi contrarium pactum praecedat non tantum de furtiva , ut quidam volunt, sed de omni aliena, ut patet ex *l. si fundum cit.* Nec emptor repetere tunc pretium potest, sed restituendum est domino rei, si hanc iste recuperare non potest, vel si eam recuperat, applicandum est fisco; Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 327. *n.* 6.

69

In casu secundo, quando emptor dubitat, an res sit aliena, poterit eam emere (idem est de omni alio contractu tam lucrativo , quam oneroso) modo statuat inquirere veritatem, et comperto domino eam restituere; Covar. *reg. peccatum p.* 3. *pr. n.* 4. Medin.

C. de restit. §. *si vero q.* 10. Rebell. *p.* 2. *de just. l.* 1. *q.* 7. *n.* 7. P. Frid. *tr. de empt. vend. n.* 158. quia sic nulla fit domino injuria, sed potius ejus negotium utiliter geritur.

In casu tertio, quando emptor ignorat alienam esse rem venditam, venditio valet eatenus, ut emptori, usque dum dominus eam vindicet, eam liceat habere, et ut venditor ei teneatur de evictione, et ad totum interesse; *l. rem alienam* 28. *ff. de contr. emp. et l. ex empto* 11. *ff. de act. empt. Ratio est*, quia tunc valet etiam venditio rei furtivae; *l. si in emptione* 34. §. *item si* 3. *ff. de contr. emp.*

Ad rationem dubitandi dico, emptionem venditionem esse translativam dominii, si venditor sit dominus rei venditae: secus si non sit dominus, sed illam vendat ut suam; tunc enim in emptorem bonae fidei solum transfertur usucapiendi conditio, ut eam ipsi haberè liceat, et legitimo tempore bona fide possessam praescribere, nisi dominus verus currente tempore praescriptionis superveniat, eamque suam, aut sibi obligatam esse in judicio evincat.

70

Ad conf. dico eo casu rem alienam venditam emptori licite tradi ob tacitum consensum domini, quem leges praesumunt, dum ajunt rei alienae venditionem ignoranti factam valere, et utrinque parere obligationem. Nec immerito istud praesumunt leges: vel enim venditor scit alienam esse, vel nescit. Si nescit, tanquam bonae fidei possessor habet jus disponendi de re, aeque ac verus dominus, ac proinde iste non potest esse rationabiliter invitus. Si scit, optabilius est domino rei, hanc potius esse penes bonae fidei emptorem, cum emptor bonae fidei eam non sit occultaturus, sicut venditor malae fidei, et sic quia sperare potest facilius sibi restituendam, invitus non est, si illi ab hoc tradatur.

71

Quaeritur 3. utrum res non existens vendi possit? *Ratio dubitandi sumitur ex l. nec emptio* 8. *ff. de contrah. emp.* ubi JCtus: *nec emptio*, inquit, *nec venditio sine re, quae veneat, intelligi potest*: unde consequens esse videtur, res, quae nondum sunt, vendi non posse.

Sed respondendum est, posse emi rem nondum existentem, modo speretur extitura; sic enim aperte *l. nec emptio cit.* §. *aliquando* 1. Discrimen tamen inter has aliquod fieri debet: Nam aliquarum proventus est status, et ordinarius, poteritque dici naturalis, quia causae earum nuturales non fallunt, sed semper effectum habent, nisi casus fortuitus eas turbaverit, uti sunt fructus agrorum, vinearum arborum, foetus animalium; effecta famulorum, et operarum etc. Aliarum proventus est incertus, et fortuitus, quia aut omnino, aut

magna ex parte a casu, et fortuna dependet, uti est captura volucrum, piscium, missilium, lucra ex sorte, lusibus fortunae.

72

Posteriorum venditio pura est, suumque effectum irrevocabiliter operatur, sive aliquid captum, aut extractum fuerit, sive non; nam totum pretium constitutum exsolvere emptor debet, *etiamsi nihil inciderit*, ut dicitur §. *aliquando cit. et l. ex empto* 11. §. *ult. in fin. ff. de act. empt.* et vice versa, quidquid ceperit, praestare venditor, etiamsi valore pretium excedat decuplo; P. Frid. *tr. de emp. vend. n.* 166. clariss. P. Schm. *tr. de pact. et contr. c.* 2. *n.* 49. *Ratio est*, quia non tam res certa, quam incerta videtur vendita, ipsaeque partes aleae ac fortunae se commisisse.

Priorum venditio est conditionata, nec effectum aliquem producit, si nihil de fructibus, aut foetibus natum fuerit; *l. nec emptio cit. pr.* Contra valet, siquid natum fuerit, quantumvis minimum; nec quod parum natum est, diminuitur pretium, sicut non augetur, si fructus supra spem fuerint uberrimi, dummodo fuerit statutum unicum pretium, et indivisibile, et non in singula capita, aut mensuras certum; P. Frid. *tr. cit. n.* 164.

73

Intelligi autem hoc debet de emptione fructuum, qui tempore emptionis nullatenus existunt. Aliud dicendum, si vendantur, dum sunt in herba (*in der saat*) aut dum jam pendent in arbore; tunc enim periculum ad emptorem spectat, ita, ut teneatur solvere constitutum pretium, tametsi non maturescant, aut pereant eluvione, grandine etc. nisi inter contrahentes aliter convenerit, aut fructuum proventus impeditus fuerit culpa venditoris; *arg. l. si fistulas* 78. §. *fin. de contr. emp.* Sed emptio haec frumenti in herbis, et uvarum pendentium, teste Struvio, *synt. jurispr. exerc.* 23. *tit.* 2. *th.* 27. per *ordin. polit. imper.* et statuum quorundam constitutione prohibita est, ne auferatur vili pecunia incauto, miseroque agricolae a callidis, avidisque dardanariis annona, unde se alat.

74

Quaeritur 4. utrum vendi possit haereditas? Resp. distinguendo: Vel enim agitur de haereditate viventis, vel de ea, quae per mortem testatoris jam delata est venditori.

Si primum, non valet venditio; *l. si haereditas* 1. *ff. de haeredit. vel action. vendit. et l. fin. C. de pact.* quia est contra bonos mores, et inducit votum captandae mortis, estque plena tristissimi eventus; *l. fin. cit. et l. moribus* 2. §. *interdum* 2. *ff. de vulg. et pupill. substit. Excipitur*, nisi consentiat ille, de cujus haereditate agitur; tunc enim valet, modo iste in sua voluntate persistat, cum

eo casu, ut *l. fin. cit.* dicitur, *sublata sit acerbissima spes*, quae alias gravis, et injuriosa esse testatori solet.

75

Si secundum, in emptionem venditionem recte deducitur; nam quivis de re sua disponere potest, nisi lege prohibeatur, nullibi autem prohibita est haereditatis delatae venditio: ergo etc. Interest autem, an simpliciter facta sit haereditatis venditio, an cum determinatione quantitatis, vel qualitatis rerum haereditariarum; nam si hoc *posterius* factum sit, venditor praestare emptori illa omnia debet, quae dixit esse in haereditate; *l. fin. ff. de haered. vel action. vendit. Si prius*, emptor haereditatis *neque amplius*, *neque minus juris habet*, *quam apud emptorem futurum esset*, ut recte Ulpianus *l. venditor* 2. *pr. ff. eod.* notat. Et hinc in casu haereditatis sic venditae

76

Sequitur 1. ad emptorem spectare illud omne, quod ex haereditate jam pervenit ad venditorem, vel aliquando perventurum est, vel per eum stat, quo minus pervenerit; *l. venditor cit.* §. 3. 5. *et* 9. 2. venditorem eo casu non teneri de evictione, tametsi res singulae in haereditate fuerint evictae; quia in emptorem plus transferre non tenetur, quam quantum ipse habuit, solum quippe jus haereditarium; *l. venditor cit. pr.* quod etiam in re minima potest consistere; *l. regulariter* 9. *et l. seq. ff. de haeredit. petit.* 3. 3. ad eundem emptorem transire omnes actiones activas haereditarias; *l. emptor* 5. *et l. fin. C. de haeredit. et action. vendit. activas*, inquam, nam passivus excipere invitus non tenetur; *l. ratio* 2. *C. eod.* competunt ergo creditori defuncti adversus haeredem, non obstante, quod haereditatem vendiderit: quidquid tamen ex causa hac venditor solverit, id omne tenetur emptor resarcire; *l. quamvis* 2. *C. de legat.*

77

An etiam jus accrescendi hoc casu in emptorem haereditatis transeat, gravis apud DD. est controversia. Species facti poni haec potest: Sempronius, et Cajus aequis partibus haeredes sunt scripti. Sempronius partem suam Maevio vendit. Venditione facta, Cajus partem suam repudiat. Quaestio est, an illa pars, repudiata a Cajo, accrescat Sempronio venditori, an Maevio emptori? Pro venditore stant Jason *in l.* 2. *n.* 9. *C. de pact.* Salycet. *in l. unic. C. quand. non petent. part. n.* 15. Vasq. *tit. de tacit. substit. seu de jur. accresc. l.* 3. §. 21. *n.* 65. Gomez. *tom.* 1. *var. cap.* 10. *n.* 44. Cujacius *l.* 12. *observ. c.* 3. Andr. Fachin. *l.* 10. *contr. cap.* 3. *et* 70. Pal. *tr.* 32. *D.* 5. *p.* 18. *n.* 6. Bachov. *in treutl. vol.* 1. *D.* 28. *th.* 12. Vin. *select. qq. l.* 1. *c.* 55. Struv. *synt. jur. exerc.* 23. *th.* 70.

Eckolt *ad tit. ff. de haered. et action. vend.* §. 2. Lauterbach. *ibid.* §. 9.

78

Fundantur 1. quia jus accrescendi pertinet ad eum, qui haereditatem adiit, et haeres est; *l. haeredi* 31. *et l. ex duobus* 53. §. *qui semel* 1. *ff. de acquir. vel omitt. haered.* atqui haeres venditor etiam post venditionem haeres manet; *l. ei, qui solvendo* 88. *ff. de haeredib. instit. l. ex facto* 43. §. *fin. ff. de vulg. et pupill. substit.* ergo etc. 2. Jus accrescendi ex voluntate testatoris praesumpta descendit: atqui non est credendum, quod iste voluerit jus istud transire in emptorem, quippe quem non nominavit, et forte non novit: ergo etc. 3. Illud solum censetur vendidisse haeres, quod jam ipso venditionis tempore ad eum pervenit; *l. venditor* 2. §. *illud* 1. *ff. de haered. vel action. vendit.* atqui portionem accrescentem tunc nondum habuit. 4. Venditor censetur habere portionem haereditatis, quam vendidit, quia habet pretium, pro quo vendidit, et quod subrogatur portioni venditae: igitur illi accrescere debet cohaeredis portio. 5. Venditor non transmittit ad emptorem actiones passivas, ut *n.* 76. *in fin.* dictum est: ergo etiam jus accrescendi penes eundem manet.

79

Sed his non obstantibus dicendum casu, quo haeres simpliciter suam portionem haereditariam vendit, etiam jus accrescendi ad emptorem transire. Ita Bartol. *in l. re conjuncti n.* 26. *ff. de legat.* 3. Curt. *jun. in l. unic. C. quand. non petent. part. n.* 12. Sebast. Tapia *ibid. n.* 20. Duaren. *l.* 2. *de jur. accresc. c.* 6. Mantica *de tacit. et ambig. convent. l.* 4. *tit.* 11. Hunn. *in treutl. vol.* 2. *D.* 2. *q.* 63. Harppr. *in* §. *fin. inst. h. tit. n.* 23. Perez *in C. de haered. et act. vendit. n.* 15. Vvissenbach. *D.* 35. *th.* 5. Ludvvel. *exerc.* 13. *th.* 3. *lit.* Haun. *tom.* 4. *de just. tr.* 10. *n.* 94. *et seq.* Gletle *p.* 3. *c.* 19. *n.* 5. P. Friderich. *tr. de empt. vend. n.* 798. clariss. P. Schmier *tr. de pact. et contr. c.* 2. *n.* 67. *et seq.* Deducitur 1. ex *l. venditor* 2. *princ. et* §. 3. *et* 4. *et* 9. ubi perspicue definitur, quod omne jus, et omne lucrum, quod venditor habuit, aut habebit, in emptorem transeat: quod verum non esset, si non etiam transiret jus accrescendi. 2. Ex *l. si totam* 83. *ff. de acquir. vel omittend. haered.* ubi dicitur ei, qui *totum, aut partem, ex qua haeres institutus est, tacite rogatus est restituere, nihil debere accrescere*: et rationem ibidem addit Ulpianus: *quia rem non videtur habere.* Atqui venditor haereditatis, post venditionem, et traditionem, rem habere non videtur: ergo nec ipsi accrescit aliquid. 3. Ex *ratione*, quia portio in haereditatem relicta accrescit portioni instar alluvio-

nis secundum Papinianum ; *l. si Titio* 33. §. *usum fructum* 1. *ff. de usufr. et quemad.* atqui *id, quod post emptionem fundo accessit per alluvionem , vel periit , ad emptoris commodum , incommodumque pertinet* , ut ait Paulus JCtus , *l. id quod* 7. *ff. de peric. et commod. rei vend.*

80

Neque contrarium efficaciter probant argumenta sententiae negantis. *Ad* 1. dico jus accrescendi pertinere ad haeredem, quamdiu penes ipsum sunt jura haereditaria , non vero , postquam ista in alium translata sunt , nam his translatis, etiam jus accrescendi transferri debet , quippe quod etiam ipsum inter jura haereditaria comprehenditur. *Ad* 2. voluntas testatoris praesumitur fuisse conformis legibus ; istae autem jus accrescendi volunt penes haeredem esse non aliter , quam quousque penes ipsum sunt jura haereditaria. *Ad* 3. jus accrescendi haeres tempore venditionis habet , non quidem absolutum , sed conditionatum , *si pars cohaeredis defecerit* , et hoc jus constituit partem quandam haereditatis. Igitur cum nihil juris , quod ex haereditate fuerit , aut ejus occasione sit acquisitum, apud venditorem haereditatis manere debeat, ut dictum est *n.* 76. et patet ex *l. venditor pr. cit.* necesse est, etiam illud transferri in emptorem. *Ad* 4. jus alluvionis non sequitur portionem , quae virtualiter tantum existit apud venditorem , sed eam dumtaxat , quae formaliter existit apud emptorem juxta *l. id* , *quod cit.* ergo etiam jus accrescendi , quod juri alluvionis in hoc passu aequiparatur per *l. Titio cit. Ad* 5. licet actiones passivae in emptorem non transeant, tamen in effectu idem fere est , acsi transirent , cum , ut *n.* 76. dictum est , quidquid ex causa hac venditor solverit , resarcire id omne emptor debeat: cum igitur iste sentiat revera haereditatis onera , etiam commoda , et jura ut sentiat , aequissimum erit.

81

Quaeritur 5. an vendi possint etiam actiones, seu nomina, obligationes , debita? Resp. regulariter vendi posse, sive deinde purae illae sint , sive sub conditione , aut in diem , sive reales , sive personales , sive ex contractu , sive ex delicto civiles ; nam indiscriminatim harum omnium venditio permissa est omnibus, qui res alias possunt vendere , et in omnes , qui possunt emere , ut patet ex *l. nomina* 17. *ff. de haered. vel action. vendit. Proceditque* hoc non solum sciente , et consentiente illo , contra quem mandantur , sed etiam ignorante , vel invito , ut habetur *l. nominis* 3. *C. de haeredit. vel action. vendit. et l. delegatio* 1. *C. de novation. Ratio est* , quia debitoris non interest regulariter , qualem habeat creditorem , ut proin frustra illius consensus ad actionis venditionem desideretur.

Aliter fit in substitutione novi debitoris ; in hac enim opus est consensu creditoris , quippe cum illius intersit plurimum , qualem habeat debitorem.

82

Dixi autem *regulariter* ; nam quintupliciter limitari hactenus dicta debent. 1. *quoad jus* , quod actionum , et nominum venditione transfertur ; quia per hujusmodi venditionem in emptorem solummodo transfertur jus agendi utile , et quidem ex mero privilegio , et beneficio legis ; *l. si cum emptore* 16. *pr. ff. de pact. et l. data* 1. *et l. seq. C. de O. et A.* non vero directum , nisi mandatum creditoris habeat , quo procurator in rem propriam constituatur ; *l. ex nominis* 8. *C. de haered. vel action. vendit. Ratio est* , quia vel actio cessa est actio personalis , vel realis ; si personalis, inhaeret ossibus personae creditoris , nec inde avelli nuda cessione potest ; si realis , praesupponit jus in re , quod praecisa traditione rei non acquiritur ; *l. traditionibus* 20. *C. de pact.*

2. *Quoad rem*, quae vi cessae actionis peti ab emptore potest; nam quomodocumque egerit emptor; plus nequit petere , quam venditor potuerit : et ideo si debitor non fuerit locuples aut non solvendo, regressum adversus venditorem non habet ; quia qui nomen vendit, *verum* dumtaxat, non etiam *bonum* vendidisse praesumitur , nisi aliud conventum sit; *l. si nomen* 4. *ff. de haered. vel act. vendit. l. si plus* 74. §. *fin. ff. de eviction.*

83

3. *Quoad ipsas actiones* ; nam aliquae vendi non possunt. Et 1. quidem actiones litigiosae; *l. lite pendente l. fin. C. de litigios.* estque talis venditio , et alienatio regulariter nulla. 2. Criminales; *arg.* §. *in summa* 10. *inst. de injur. et l. locatio* 9. §. *reliquatores* 2. *ff. de publician. et vectig.* 3. populares; *arg. l. populares* 7. *ff. de popul. action. et l. licet* 42. *ff. de procurat.* 4. actio personalis ad usum petendum, et vindicandum; *arg.* §. *minus* 1. *inst. de us. et habit.* 5. actio ad rem jure sanguinis retrahendam respectu extranei; Tiraquell. *de rectract.* §. 26. *gloss.* 1. Carpz. *p.* 2. *const.* 31. *def.* 19. *n.* 6. 6. actiones, quae aliis prodesse non possunt v. g. actio de uxore exhibenda ; *l. imo magis* 2. *ff. de liber exhibend.*

84

4. *Quoad emptores ;* nam 1. non possunt actiones transferri in potentiorem , invito debitore; *l. fin. C. ne liceat potentioribus etc. proceditque* hoc non tantum de debito incerto , et litigioso , sed etiam de certo, nisi id fiat eo modo , et in iis circumstantiis , quae praesumptionem bonae fidei faciant; Abb. Tusch. Tiraquell. Brun-

nem. quos citat, et sequitur P. Friderich *tr. de empt. vendit. n.* 207. 2. Vendi non possunt privilegiatis a personis non privilegiatis v. g. clericis a laicis, si quidem dolo id fiat, et judicii mutandi causa; *c. ult. de alien. judic. mut. caus.* nam quando abest praesumptio fraudis, actiones cedi etiam clericis possunt; 3. prohibentur tutores, et curatores emere actiones contra illos, quorum tutelam, aut curatelam habent, aut habuerunt; *novell.* 72. *c.* 5. *et auth. minoris C. qui dar. tutor. vel curat. poss.* quibus juribus correcta est; *l. non fit* 12. *ff. de reb. eor. qui sub tutel.* 4. judaei non possunt christiano vendere actionem contra christianum, neque christianus judaeo; *recess. imper. Augustae anno* 1551. §. 79. *et ordin. polit. anno* 1577. *tit.* 20. §. 4. quae constitutio cum sit universalis, non bene ab aliquibus solum intelligitur de debitis usurariis.

85

5. *Quoad pretium*, quod exponitur pro actione empta; licet enim jure veteri digestorum emptor, cui modico pretio vendita fuit actio, non solum quantitatem soluti pretii, sed solidum debitum, et nomen, quod emit, exigere potuerit, ab Anastasio tamen imper. promulgata constitutione *l. per diversas* 22. *C. mandat.* et a Justiniano *l. fin. C. eod.* confirmata (quo jure etiamnum hodie utimur) is, cui vendita est actio, non potest plus exigere, quam quantum pretii nomine vendentis ipse exsolvit. Cui vero residuum debiti debeatur, controversia est inter DD. Cyn. Lud. Roman. Donell. Joan. a Sande, Mevius, Manzius, et alii, quos refert, et sequitur Struv. *synt. jur. exerc.* 23. *th.* 80. favent debitori; contra venditori, qui cessit patrocinantur Bartol. *in l.* 22. *cit. n.* 4. Bald. *ibid. n.* 20. Durand. *l.* 4. *specul. p.* 1. *tit. de cess. act.* §. 1. *n.* 7. fisco denique alii, de quibus Franzk; 1. *res.* 8. ego cum P. Friderich *tr. de empt. vend. n.* 223. *et* 224. puto distinguendum esse, an bona fide minori pretio sit actio vendita, an vero mala venditoris. *Si primum*, residuum pretii remanet penes venditorem; quia non est ratio, quare ei negetur. *Si secundum*, lucro debitoris cedit, sed solum in tribus casibus, qui *l. fin. cit.* exprimuntur, nim. siquis alicui partem debiti vendit, et alteram donat: si partem unam vendit uni, alteri tertiae personae interpositae partem alteram donat; si alicui totum simulate donat, sed clam aliquid pretii recipit.

86

Ut constitutio haec locum habeat, et emptor nominis non possit plus exigere, quam quantum ipse venditori dedit, requiritur, ut cessio, seu venditio sit facta pretio non justo, sed viliori, et quidem a venditore ad hoc inducto per emptorem animo, vel debitoris lacessendi, vel improbi lucri captandi causa, ut sumitur ex *l. per di-*

versas cit. et notat Lauterbach *ad ff. tit. de haered. vel act. vendit.* §. 77. Many. *ad leg. Anastas. q.* 6. *v.* 21. P. Friderich *n.* 219. *cit.* qui proinde duodecim omnino *n.* 220. Gabriel Berlich. Speidel. et alii plures casus exceptos referunt.

27

Principales sunt 1. si debitum minori pretio emptum sit affectum aliquo vitio, v. g. quia debitor est minus idoneus. 2. Si venditor proprio motu, et probabilem ob causam ultro actionem offert, et rogat, ac viliori pretio vendit; *l. per diversas cit. vers. inhiantem.* 3. Si cessio fit inter cohaeredes dividentes haereditatem; *l. cit.* 4. Si fit legatariis, vel fideicommissaris, quibus debita, vel actiones, vel res aliae sunt relictae; *l. cit.* 5. Si fit inter eos, qui habent actionem, vel rem communem. 6. Si venditio fit bona fide sub hasta. 7. Si creditor a suo debitore pro suo credito cessionem in assecurationem accepit; *l. cit. vers. nam in his.* 8. Si is, qui possidet res alienas sibi obligatas, earum cessionem accipit pro majore sui munimine, et cautione; *l. cit. vers. si autem* 9. si fit ex causa dationis in solutum; *l. cit. V. his quaecumque.* 10. si fit in praesentia debitoris cessi, et hic expresse, vel tacite consentiat; quia tunc cessat praesumptio fraudis. 11. Si debitor cessus cessionarium agentem admisit, et ante litem contestatam de vitiosa cessione non excepit.

§. V.

De rerum venalium pretio.

SUMMARIUM

Alterum objectum partiale emptionis venditionis est *pretium*, cujus tanta necessitas est, ut si numeratum non fuerit, aut fides de eo habita, traditae quoque mercis dominium in emptorem non transeat; §. *venditae* 41. *inst. de rer. divis. l. quod vendidi* 19. *ff. de contr. empt.* idque in foro etiamnum obtinere, nec praesumi numerationem, vel fidem de pretio habitam, tradit Stryck *ad tit. cit.* §. 13.

88

Quaeritur 1. quale pretium emptionis venditionis esse debeat? Resp. Debet 1. esse *verum, et sincerum,* non fictum, aut simulatum; nec enim emptio venditio, sed potius donatio est, quando domus pro nummo venditur, aut quando pretium ab initio taxatum, mox remittitur; *l. cum in venditione* 36. *et l. nuda* 55. *ff. de contrah. em-*

INSTITUTE OF MEDIAEVAL STUDIES ST. MICHAEL'S COLLEGE LIBRARY

ption. 2. debet esse *nummarium*, seu *pecuniarium*; *§. item pretium 2. inst. h. tit.* alioquin si res pro re praestatur, non emptio venditio, sed permutatio erit. 3. debet esse *certum* vel certitudine absoluta, vel saltem relativa, ut si vendatur res eo pretio, quod tertius aliquis eidem determinaverit, aut frumentum tanti, quanti heri venditum est, aut hodie, vel cras vendetur; *l. haec* 7. *pr. et §. hujusmodi* 1. *ff. de contrah. empt.* 4. debet esse *proprium*; nam alienos nummos, seu pecunias si emptor numeret, perinde habetur, acsi pretium non solvisset; *l. ex empto* 11. *§. et in primis* 2. *ff. de action. empt. ibi emptor autem nummos venditoris facere cogitur* : quod fieri nequit, nisi pecuniae sint emptoris propriae. 5. denique debet esse justum; nam solutio hujus est actus justitiae commutativae, quae medium rei respicit.

89

Quaeritur 2. an licitum sit quolibet pretio vendere, et emere? Videtur id licitum esse : 1. quia ex vulgari JCtorum axiomate res tanti est, quanti vendi potest; *l. fin. servum* 33. *ff. ad l. aquil. l. pretia* 63. *ff. ad l. falcid. l. explicito* 1. *§. si haeres* 16. *ff. ad S. C. Trebell.* 2. quia ut *l. in re* 21. *cod. mandat.* dicitur, *suae quisque rei moderator*, *atque arbiter est*: igitur nec venditor rem suam tenetur tradere, nisi pro pretio, quo ipse vult, nec emptor dare pretium majus, quam quantum vult; 3. quia, ut *l. item si* 22. *§. fin. ff. locat.* habetur, *in emendo*, *et vendendo naturaliter concessum est*, *quod pluris est*, *minoris emere*, *quod minoris sit*, *pluris vendere* : vendere igitur, et emere licebit quolibet pretio : 4. quia qui sciens, ac prudens dat plus, quam res valet, censetur excessum donare.

90

Sed certa est sententia negativa, cum qua dicendum, non esse in potestate venditoris augere pretium, nec in emptoris illud diminuere, quantum quilibet vult, ac tantum dare, et accipere, quantum inter ipsos convenerit; nam *pretia rerum*, ut *l. pretia cit.* dicitur, *non ex effectu*, *nec utilitate singulorum*, *sed communiter finguntur*, i. e. tanti res aestimanda est, quanti vere est, et omnibus valet, non quanti alicui ex affectione. *Ratio intrinseca est*, quia aequitas hujus contractus consistit in aequalitate pretii cum re, quae pro illo exhibetur : haec autem aequalitas non consistit in hoc, quod partes contrahentes in aliquo quocumque pro re praestando ex privata aestimatione consentiant, quippe quae saepe erronea est, sed in intrinseca, vel saltem per legem, aut magistratum taxata proportione pretii ad mercem : ergo etc.

91

Excipiunt aliqui gemmas, volucres, aliaque animalia, et merces ex remotis regionibus recens advectas, item statuas, et nummos antiquos etc. nam pro hujusmodi rebus non pauci putant quodlibet, quantumcunque magnum, pretium statui posse a venditore: quam opinionem confirmare videtnr etiam praxis mercatorum, qui apud indos vitra, fistulas, aliasque exiguas res, et prope nullius apud nos aestimationis permutant pro auro, gemmis, et aliis pretiosis mercibus, et has apud nos vendunt pretio, quantocumque possunt. Haec sententia ob authoritatem DD. qui illam propugnant, tolerari potest; aequitati tamen magis conformis est altera, quae docet pro hujusmodi rebus solum exigi posse pretium illud, quod ponderata rei qualitate, novitate, utilitate, factis in illam expensis, et similibus circumstantiis viri prudentes justum esse communiter judicant.

92

Ad argumenta *n.* 89. allata facilis est responsio, *Ad* 1. tanti res est, quanti vendi potest licite, et seclusa fraude, ignorantia, violentia, necessitate, nimio affectu, et caeca passione; nam haec, ut dixi, pretium rebus non faciunt, sed proportio, quam mercis bonitas, et utilitas cum intrinseco vel authoritate publica taxato valore pretii habet. *Ad* 2. ex eo, quod aliquis rerum suarum sit moderator, et arbiter, solum sequitur, quod regulariter eam alienare non teneatur: si tamen alienare eandem vult, id facere debet modo, qui legibus, et aequitati non repugnet: quod fieret, si aequalitas inter mercem, et pretium non servaretur. *Ad* 3. id intelligendum est de majore, vel minore pretio, quod adhuc consistat intra limites justi pretii. *Ad* 4. gratis fingitur illa condonatio mutua inter emptorem, et venditorem; quia ordinarie, quando plus pretii dat emptor, vel minus, quam res valeat, accipit venditor, id proficiscitur vel ex ignorantia, vel ex necessitate, vel ex affectu caeco.

93

Quaeritur 3. quotuplex sit rerum pretium? Resp. duplex maxime, videlicet legitimum, et naturale. *Legitimum* dicitur illud, quod a lege, seu principis, aut alterius magistratus publica ordinatione est definitum. *Naturale*, quod ex ipsis rerum naturis, spectato hominum affectu, necessitate, utilitate, vel aliis circumstantiis provenit. *Prius* indivisibile est, et ab omnibus servari debet, nec pro venditorum, emptorumve arbitrio augeri, vel minui potest. *Posterius* habet latitudinem; nam triplex communiter assignatur, summum, medium, infimum. In exemplo ponatur res, cujus pretium

medium, seu moderatum sint 100. hujus pretium summum, seu rigorosum erunt centum, et quinque, infimum, seu pium nonaginta quinque. Quodlibet ex his justum est, cum aliqui rem ejusmodi emant pretio summo, alii medio, alii vero infimo; Navar. *Man. cap.* 23. *n.* 79. Laym. *lib.* 3. *tr.* 4. *cap.* 17. *n.* 4. Pal. *tr.* 32. *D.* 5. *p.* 2. *n.* 2. Vviest. *hic n.* 43. P. Friderich *n.* 257. *et seq.* De pretio legitimo ulterius.

94

Dub. 1. an statutis pretium taxantibus teneantur etiam clerici, et religiosi? Resp. affirmative. Ita Joan. Medin. *de restit. q.* 36. *col.* 9. Azor *p.* 1. *l.* 5. *c.* 12. *q.* 4. Emman. Rodriq. *p.* 2. *summ. c.* 79. *concl.* 5. Gutier. *l.* 2. *pract. q.* 18. *n.* 26. Palm. *D.* 5. *cit. p.* 5. *n.* 5. Card. de Lug. *D.* 26. *de just. n.* 77. P. Friderich. *n.* 284. *Ratio est*, quia hujusmodi statuta nec laedunt immunitatem ecclesiasticam, nec ordinem clericalem dedecent, et observantia illorum apprime necessaria est ad contractuum aequalitatem, liberum commerciorum exercitium, et damnum reliquorum reip. membrorum avertendum. Eadem est ratio de exteris, nisi eos lex eximat, ut eximit in Hispania eos, qui per mare apportant frumentum. Ita cum *cit.* Sanch. *l.* 3. *de matrim. D.* 18. *n.* 13. Salas *tract. de emption. dub.* 3. *Ratio est*, quia quivis sortitur forum ratione contractus, et per consequens servare tenetur ea, quae in loco, ubi contrahit, ratione cujusvis contractus praescripta sunt. Accedit, quia contrahens, sive peregrinus ille, sive incola sit, tenetur servare justum pretium, justum autem est illud, quod lege taxatum est: ergo etc.

95

Dub. 2. an si pretium legitimum sit majus vulgari, licitum sit illo vendere? Resp. distinguendo: vel enim, ut communiter fit, statutum illud in gratiam emptorum est, vel in gratiam venditorum. *Si primum*, non est licitum exigere pretium legitimum, ut recte cum communi advertit Less. *l.* 2. *de just. c.* 15. *n.* 13. *Ratio est*, quia exactio pretii legitimi eo casu esset contra finem legis pretium statuentis, quae intendit emptores relevare, cum contra eos gravaret obligando ipsos ad solvendum pretium majus. *Si secundum*, ut fit in venditione censuum, et aliorum similium jurium, quae homines non nisi coacti penuria vendunt, licitum est exigere pretium determinatum e. gr. centum pro jure accipiendi annua quinque, etiamsi forsan juxta vulgarem, et naturalem aestimationem hoc jus emi non soleat, nisi pretio nonaginta, vel sexaginta. Ratio eadem est, quae in priori medio, ut sc. eo casu venditor favore a lege indulto gaudeat, quo privaretur, si de pretio legitimo deberet remittere.

96

Dub. 3. an contra si pretium legitimum sit minus vulgari, licitum sit exigere vulgare? Resp. iterum distinguendo: vel enim adhuc subsistunt circumstantiae illae, ob quas statutum est tale pretium, vel eae jam sunt mutatae. *Si primum*, non licet exigere pretium vulgare. Ita Navar. *man. cap.* 23. *n.* 88. Valent. 2. 2. *D.* 5. *qu.* 20. *par.* 2. §. 1. Salas *tr. de empt. dub.* 6. *n.* 2. Less. *l.* 2. *de just. c.* 15. *n.* 14. Rebell. *p.* 2. *l.* 9. *q.* 2. *s.* 1. P. Friderich *tr. de empt. vendit. n.* 273. et alii apud istos. *Ratio est*, quia princeps potest taxare rerum pretia, et sua lege taxante obligare subditos in conscientia ad servandum statutum pretium: hanc vero obligationem eo ipso inducit, quod pretium taxat; vult enim, ut hoc pretium sit justum, et non aliud: quae voluntas cum aequa sit, facit, ut pretium taxatum sit justum, et excessus injustus: tenentur igitur subditi in conscientia illud pretium non excedere, et si excesserint, excessum restituere. *Si secundum* contingat, et magistratus pretium taxatum non mutet, cum notabili damno venditorum, quod hoc modo expensas factas, et congruum laboris stipendium non obtineant, possunt illi ex *cit.* et aliorum DD. communi sententia, neglecto pretio legitimo, exigere ab emptoribus vulgare; quia lex in talibus circumstantiis non amplius justa est.

97

Quaeritur 4. an, et ob quam causam pretium variari possit? Resp. ex praxi frequentissima constat, rerum venalium pretium, sive legitimum, sive naturale, saepissime variari; quamvis enim intrinsecam suam bonitatem fere retineant, tamen, ut hactenus saepe dixi, in assignando earum pretio non ea sola consideratur, sed aliae etiam circumstantiae, quae saepissime variantur. Variari ergo pretium justa ex causa posse, indubitatum est: nec minus indubitatum est, multiplicem esse causam, ob quas variari in pretio possit; omnes ad septem maxime reducuntur capita.

98

1. Propter labores, pericula, et sumptus in hujusmodi rebus colligendis, coemendis, asportandis, et conservandis factos, saltem si pretium rerum authoritate publica constitutum, vel communi usu receptum non sit; Scot. *in* 4. *dist.* 15. *art.* 2. Major. *dist. cit. quaest.* 41. Haun. *tom.* 4. *de J. et J. tr.* 10. *n.* 155. Vviest. *hic n.* 44. P. Friderich *n.* 299. *et seq. Ratio est*, quia labores, pericula, sumptus illi sunt pretio aestimabiles, igitur qui eos pro communi utilitate subit, compensationem illorum juste exigit: melius autem obtineri haec nequit, nisi pretio rerum juxta modum illarum aucto: ergo etc. Intelligi autem hoc debet de sumptibus, et expensis ordinariis; nam ob extraordi-

rias, sive deinde id infortunio, sive imperitia, aut culpa mea contigerit, pretium mercium a me propositarum augere non possum, cum nec ratio, nec jura permittant, ut emptores luant venditoris vel infortunium, vel culpam, ut bene advertit P. Frid. *n.* 302.

99

Propter damnum emergens venditori. Ita communis, et certa TT. JCtorum sententia, adeo, ut etiam Scotus, qui ratione damni emergentis nihil exigi posse censet in mutuo, admittat tamen id fieri posse in venditione, et emptione. *Ratio est*, quia nemo cum dispendio suo beneficium alteri conferre cogitur, ut dicitur *can. precariae* 4. §. *decrevit caus.* 10. *q.* 2. Ut tamen ex hoc capite pluris vendi res aliqua possit, tria haec requiruntur. 1. ut revera damnum ex contractu emergat, e. g. si pro equo, quem vendo, plus pretii peto, opus est, ut revera ego eodem indigeam, et alium conducendo sumptus mihi sint faciendi 2. ut damnum, quod ex contractu incurro, subeam propter eum, cum quo nunc contraho; si enim non propter ipsum, sed aliunde subeo, respectu ipsius est causa mere per accidens, nec ipse est ejusdem causa; cons. nec compensationem petere ab eo possum. 3. ut moneam emptorem, quod damnum mihi oriturum sit ex tali contractu, ac propterea auctius pretium petam; quia si non moneam, consentit solum in pretium postulatum, quia putat esse justum respectu ipsius equi, quod cum de se, et secluso damno sit nimium,, idcirco in excessum illum non censetur consentire.

100

3. Propter lucrum justum eidem venditori cessans ex venditione, ut siquis petat sibi vendi a me frumentum, quod ad tempus aliud servaturus fuissem, quo majus erit ejusdem pretium; nam eo casu potest venditor augere pretium juxta ratam lucri cessantis, ut patet ex *c. fin. de usur.* Ut vero actio haec praetii rite fiat, iterum tria requiruntur: 1. ut venditio sit vere causa lucri cessantis; nam si adhuc venditurus fuissem frumentum meum, etsi casu, quo exspectassem, et distulissem venditionem, potuissem majoris vendere, non possum titulo lucri cessantis plus petere, quod non venditio, sed necessitas mea praesens, quae vendere me nunc compellit, sit causa, quod majus lucrum non faciam 2. ut non tantum exigam pretium, quantum absolute, et per se est lucrum, quod sperabam; nam deducenda est aestimatio sumptuum, aut etiam laborum, quos in re mea, si nunc eam non venderem, conservanda, et postea distrahenda facturus essem, cum illud dumtaxat lucrum mihi ex venditione hodierna cesset, quod expensis deductis deest 3. ut emptor a venditore,

pretium ob lucrum cessans augente, de hoc moneatur, ut dictum est *n. praec.*

101

4 Propter singularem affectionem, et multo magis utilitatem, quam ex re vendita capit venditor; Navar. *man. c.* 23. *n.* 84. Molin. *tr.* 2. *de just. E.* 351. *n.* 3. Salas *tr. de emp. dub.* 30. *n.* 2. Less. *lib.* 2. *c.* 21. *n.* 27. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 17. *n.* 10. *vers. quarto.* Pal. *tr.* 32. *D.* 5. *par.* 12. *n.* 3. Vviest. *hic n.* 46. P. Frid. *n.* 309. quia rem ejusmodi vendens non tantum privat se re, sed etiam peculiari affectione, oblectatione, et utilitate, quam ex ea percipit: igitur cum haec sit pretio aestimabilis, istud ad ejus modum augeri potest. Ut tamen ex isto titulo liceat augere pretium, requiritur 1. ut venditor non leviter sit affectus ad rem, quam vendit. 2. Ut non aeque, sed longe minus afficiatur ad pretium justum rigorosum illius; si enim aeque afficeretur ad pretium, compensatio fieret privationis rei, ad quam afficiebatur cum pretio, et voluptate aequali ex pretio. 3. Ut ipse non exponeret rem illam venditioni, oblato justo pretio rigoroso, sed tantum consentiat in venditionem emptoris gratia. 4. Ut emptor intelligat, augeri pretium propter specialem venditoris affectum, forsan enim non emeret, si sciret emendum sibi esse etiam illum affectum. 5. Ut affectus iste justa aliqua ratione nitatur; nam si alienus a ratione sit, corrigi debet; neque juste aliquid ratione illius peti potest. Quae conditiones omnes cum raro concurrant, hinc recte Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 351. *n.* 3. monet, consulendum esse, ne ultra pretium rigorosum ea de causa ascendatur, praesertim cum id injustitiae habeat speciem, et generare scandalum possit.

102

5. Propter verisimile periculum, et rationabilem timorem solutionis pretii non obtinendae, ac proinde pretii cum merce amittendi. Navar. *man. c.* 23. *n.* 83. Medin. *de restit. q.* 38. §. *ad tertiam*, Molin. *tr.* 2. *D.* 365. *n.* 4. Les. *l.* 2. *c.* 15. *n.* 54. Pal. *par.* 12. *cit. n.* 6. Card. de Lugo *D.* 26. *de J. et J. n.* 90. Gibal. *l.* 4. *de negot. c.* 4. *art.* 4. *cons.* 16. *n.* 4. Sanctar. *p.* 1. *resol. q.* 47. Vviest. *hic n.* 47. P. Frid. *n.* 323. aliique complures, quibus favet s. Thom. *opusc.* 73. *de usur. c.* 10. *et* 2. 2. *q.* 77. *art.* 4. *ad* 2. *Ratio est*, quia periculum hoc, et orta ex eo molestia, et solicitudo est pretio aestimabilis: igitur cum venditor in gratiam emptoris illud subeat, merito auctione pretii compensationem potest ab illo petere. Ut tamen ratione hujus periculi ultra ordinarium pretium juste exigi aliquid possit, requiritur 1. ut sit verum periculum, et non fictum: non tamen refert, etsi postea damnum nullum eveniat. 2. Venditor non

potest cogere emptorem, ut se potius, quam alium pro eo praestando accipiat, sed liberum esse emptori debet cavere vel pignore, vel fidejussore. 3. Non potest plus ipse exigere, quam ipse libenter daret alteri ad simile periculum redimendum. 4. Significare debet emptori, quod hoc titulo plus pretii exigat; fortasse enim nollet plus dare hoc titulo.

103

6. Propter rerum, sive mercium penuriam, et emptorum multitudinem, vel contra illorum copiam, et horum paucitatem ; nam in primo casu pretium augeri potest , in secundo minui debet : fitque hoc frequentissime in venditione frumenti, cujus scapha, quae aliquando ob ejus copiam quinque florenis venditur, in ejus caritate venditur 20. aut etiam 30. prout hoc ipso anno experti sumus. Molin. *tr. D.* 347. *n.* 4. Les. *c.* 15. *cit. n.* 30. Pal. *p.* 12. *cit. n.* 1. Haun. *to.* 4. *tr.* 10. *n.* 158. *in fin.* Vvies. *hic n.* 43. P. Frid. *n.* 336. *Ratio est*, quia quod rarum, carum est, et difficilius comparatur, et contra, quo facilius merx aliqua comparatur , et pauciores emptores sunt, eo vilius illa venditur. Et hinc in fine nundinarum fere minoris emitur ob copiam mercium et emptorum defectum.

104

7. Propter modum vendendi, emendique. Sic enim majori pretio vendi solent res singillatim, quam cumulatim; quia crebrae , et minutae venditiones venditori plerumque plus laboris, ac molestiae , minusque utilitatis afferunt, quam una, vel paucae venditiones in quantitate magna. Item majori pretio vendi solent res ad creditum, quam pro solutione parata; quia in dilatione solutionis saepe periculum est amittendi pretii, semper fere, praesertim apud mercatores intervenit lucrum cessans. Similiter minori pretio emuntur res subhastatae, obtrusae, aut ultro oblatae, quam aliae, quia fere major illarum copia est, minor vero emptorum; Navar. *man. c.* 23. *n.* 78. *et* 80. Mol. *D.* 384. *n.* 5. Less. *n.* 32. *et* 56. Vviest. *n.* 49. P. Frid. *a.* 343. *et seq.*

105

Quaeritur 5. an res carius vendi, aut vilius emi possit ob solam indigentiam, necessitatem, vel utilitatem particularis alicujus emptoris, aut venditoris pecunia valde indigentis? Non desunt DD. qui hanc variandi pretii causam justam existiment: et videtur sententia ista non omnino carere fundamento; nam variationis pretii , ut *n.* 103. dictum est, justa causa est necessitas, et utilitas publica: ergo etiam privata. Conf. quia rei pretium, ut iterum *n.* 101. dictum est, augeri potest propter singularem affectionem, et utilitatem, quam venditor ex re vendenda capit.

106

Sed adhuc dicendum, ex hac causa pretium rei auctius ab emptore peti non posse. Ita s. Thom. 2. 2. *q*. 77. *art*. 1. Molin. *tr*. 2. *de just*. *D*. 348. *n*. 6. Haun. *to*. 4. *tr*. 10. *n*. 156. Vviest. *hic n*. 50. P. Frid. *n*. 337. *Ratio est*, quia indigentia, necessitas, et utilitas ista non est aliquid ipsius vendentis, sed ementis. *Conf*. nam si ex hac sola causa majori pretio res vendi posset, sequeretur majori pretio panem et alia victualia vendi posse famelico, et pauperi, quam diviti majori; item rem aliquam ei, qui ex ea pretiosum aliquid elaboraturus est, quam qui ad usus solum communes applicabit: imo si mutuatarius ex pecunia sibi mutuata magnum speraret lucrum, posset mutuans hoc lucrum ipsi vendere, et petere aliquid ultra sortem: sequelae istæ absurdæ sunt: ergo etc.

107

Neque contrarium suadet ratio dubitandi allata. Nam justum pretium solum illud censeri debet, quod legitimi magistratus publica authoritate est constitutum, vel comuni usu receptum: atqui authoritate publica magistratus, et communi fori usu non variatur pretium mercium ex unius solum, vel alterius emptoris, aut venditoris necessitate, vel utilitate particulari, aut mere privata, sed ex communi dumtaxat, et publica: ergo etc. *Ad conf*. qui rem, ad quam specialiter afficitur, vel ex qua specialem utilitatem capit, alteri in gratiam ipsius vendit ut *n*. 101. dictum est, privat se non tantum re; sed etiam oblectatione, vel utilitate illa singulari; illi vero, qui vendit rem aliquam, quae specialiter utilis, aut necessaria emptori est, nihil praeter rem decedit: igitur licet prior ob eam causam augere pretium possit, non tamen alter, cum non appareat, quo titulo pretium auctius possit petere.

108

Quaeritur 6. an res cariori pretio vendi possint peregrinis, et exteris per loca transeuntibus, quam incolis, et inquilinis? *Ratio dubitandi est*, quia sicut rem alienam emere cogi nemo invitus potest; *l. invitum* 11. *de contrah. empt*. ita rei suae pretium statuere quis pro arbitrio valet; *l. tutor* 8. *ff. de in lit. jurand.*

Sed retinenda est sententia negativa cum gloss. *in c. placuit* 1. 1. *V. hospitales h. tit.* Abb. *ibid. n*. 5. Gonz. *n*. 1. 2. *et* 5. Pirh. *n*. 18. Vviest. *n*. 51. et clarus est textus *c. placuit cit*. estque hoc ita verum, ut episcopus etiam laicos ad sic vendendum justo pretio extraneis compellere, proposita excommunicatione, aliisque censuris, et poenis possit, prout sumitur ex *c. cit*. etiam demonstrat ratio; nam episcopus jurisdictionem habet in laicos, ubi agitur de evitando peccato, et exercendo opere pietatis; *c. pernicio-*

sam 1. *de offic. ord. et c. novit* 13. *de judic.* de utroque in casu praesenti agitur: de exercenda pietate quidem, quia pietas exigit, ut peregrini humaniter tractentur; de evitando peccato autem, quia justitia non permittit, merces vendi alio pretio, quam justo, et communi fori usu recepto, cuicunque demum vendantur.

109

Excipit Molin. *tr.* 2. *D.* 346. *n.* 2. casum, quo multi extranei, praesertim divites, avidique ad emendum ad locum aliquem accedunt; tunc enim putat, multiplicatis ita emptoribus, non esse nefas carius illis vendere, quam antea vendebatur, et post discessum extraneorum vendenda res sit inquilinis; quia, ut *n.* 103. dixi, ex multitudine emptorum pretium rerum crescit.

Imo putat idem Molina, non esse damnandum, si tunc, cum in loco sunt merces sufficientes extraneis, et indigenis, carius vendatur extraneis avidis ad emendum, quam indigenis, qui dare nolunt, nisi pretium consuetum; quia dicit res illas respectu eorum, qui avidissimi ad eas coemendas veniunt, plus valere, quam respectu indigenarum, qui illorum exspectare discessum possent, et sic emere tempore, quo minori pretio restituendae sunt merces.

Ad rationem dubitandi patet ex dictis *n.* 89. neque enim rerum pretium ita arbitrarium est, ut vel augeri a venditore, vel ab emptore minui pro libitu possit: sed observandum illud est, quod a lege publica taxatum, vel usu fori receptum est. Ad id, quod additur, neminem invitum cogi rem suam vendere, patet ex dictis *a n.* 25. ubi id verum dixi cum certis exceptionibus.

110

Quaeritur 7. an chirographa, et debita immatura possint emi minore pretio, quam sit summa debita, e. g. debet Cajus Titio mille ex mutuo, dubium est, an chirographum, quod Cajus debitor Titio creditori dedit, et jus exigendi mille, ac census ex illo debitos licite emam 900. aut 950. Resp. distinguendo: vel enim debitum, quod venditur, dubium est, aut tale, quod sine lite, difficultate, molestiis, et expensis obtineri non potest; vel contra est liquidum, et periculo, molestia, difficultate, lucro cessante etc. caret.

Si primum, emi minoris possunt; quia ob incommoda enarrata etiam minoris aestimantur; quod in aestimationem chirographi etiam ipsa veniant. *Proceditque hoc* probabilius etiam casu, quo solus venditor difficulter obtenturus sit solutionem debiti, emptor autem obtinere eandem possit facile, ut contra Malderum, Molfesium, et alios docent Molin. *tr.* 2. *D.* 361. *n.* 10. Salas *de empt. dub.* 40. card. de Luca *D.* 26. *n.* 94. Gibalin. *l.* 4. *de negot. c.* 4. *consect.* 1. *n.* 1. P. Friderich *tr. de empt. vendit. n.* 361. et communior sen-

tentia doctorum. *Ratio est*, quia pretium rerum, si a lege taxatum non sit, tantum est quantum eis communis hominum aestimatio in his circumstantiis ponit : atqui hominum aestimatio communis minus pretium tali chirographo ponit; plerique enim nollent hujusmodi chirographa emere tanto pretio, quanti est ipsum debitum : igitur cum aestimationem hanc communem sequi etiam ille possit, qui incommoda praedicta in obtinenda debiti solutione non patitur, etiam ipse minoris emere hujusmodi chirographum poterit.

111

Si secundum, non potest minoris emi, ut contra Cajetan. Armill. Rosell. Salon. Tolet. docent Sot. 6. *de just. q.* 4. *art.* 1. *ad* 3. Valent. 2. 2. *D.* 5. *q.* 2. *conclus.* 5. Molin. *tr.* 2. *D.* 361. *n.* 7. Less. *l. c. cap.* 21. *n.* 71. card. de Lugo *D.* 26. *n.* 96. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 103. P. Friderich *n.* 367. et communissima TT. ac canonistarum sententia, quibus favet s. Thom. *opusc.* 67. *et opusc.* 73. *de usur. p.* 1. *c.* 8. *Ratio est,* quia si debitum 1000. flor. est liquidum, in quo obtinendo nulla est difficultas, vel molestia, neque ullum periculum, tunc non valet minus , quam mille; nam sola dilatio nulli periculo conjuncta valorem non minuit : igitur si pro eo non dantur 1000. sed nongenti v. g. vel nongenti quinquaginta ; tunc pretium est inaequale, et injustum : quaelibet autem res vendi pretio justo debet : ergo minori pretio , quam sit ipsum debitum , tale chirographum emi non potest. *Neque obstat*, quod jus ad 100. capienda post annum, non valeat 100. et jus ad rem futuram minus aliquid valeat, quam ipsa res futura, ut videre est in jure ad census personales, et reales ; quia casu, quo debitum liquidum est, et obtentio illius difficultatem, et periculum nullum habet, non tam jus, quam debitum ipsum emitur : et esto , quod jus ematur , jus istud eo casu a prudentibus, et peritis non aestimatur minoris, quam ipsa res. Unde cum dicitur jus minoris emi posse, quam res ematur, id solum procedit casu, quo obtentio ejus cum difficultate, et periculo conjuncta est.

112

Quaeritur 8. an , qui scit pretium mercis brevi minuendum , possit eam vendere currente pretio? Negant Joan. Medin *de rest. q.* 36. Conrad. *de contract. q.* 62. *et* 63. Rodriq. *par.* 2. *summ. cap.* 81. *n.* 10. et alii, quos refert Covarr. *reg. peccatum* 2. *p.* §. 4. *n.* 6. Fundantur 1. quia pretium justum non fundatur in errore, sed in veritate : atqui communis aestimatio , qua merx talis aestimatur tanti , in errore fundatur. Igitur constituere justum ejusdem pretium nequit. 2. injustum est pretio communi vendere mercem , quae reipsa propter aliquod vitium, quod solus venditor novit, mi-

nus valet, quam vendatur, tale vitium est eventus diminutionis pretii, quem scit venditor; nam eo inspecto fere pro nihilo habenda est: 3. emptor mercis, cujus valor statim diminuendus est, involuntarie, et per errorem censetur emere; quia nullatenus emptionem celebraret, si conscius esset diminutionis futurae. 4. Sequeretur, quod justo currente pretio quis vendere domum posset, quam scit ab hostibus in crastinum diruendam.

113

Sed dicendum, eo casu mercem licite pretio currente vendi. Ita Sylv. *V. emptio q. n.* 16. Sot. 6. *de just. q.* 3. *art.* 2. *ad* 5. Covar. §. *cit. n.* 6. Molin. *tr.* 2. *D.* 354. Less. *l.* 2. *cap.* 21. *dub.* 5. *per totum*, Rebell. *p.* 2. *l.* 9. *q.* 6. Salas *tr. de empt. c.* 32. *n.* 3. *et* 7. card. de Lug. *D.* 26. *n.* 139. Pal. *tr.* 32. *D.* 5. *p.* 15. *n.* 3. Hugo Grotius *de jur. bell. et pac. l.* 2. 1. 12. §. 9. *n.* 2. P. Friderich *n.* 383. et colligitur ex illo *gen.* 41. ubi Joseph patriarcha, sciens sterilitatem futuram, ob quam frumenti valor augendus erat pretio currenti, illud coemit pretio currenti viliore, et deinde magno distraxit, comparatis hac ratione ingentibus Pharaoni divitiis. *Ratio est,* quia illa censenda est justa emptio, aut venditio, quae valori rei venditae, aut emptae adaequatur, cum res nihil amplius valeat, quam quantum valere lege justa, et communi hominum aestimatione censetur.

114

Neque obstant argumenta opposita. *Ad* 1. retorquetur non inepte; sequeretur enim, quod qui sciret brevi augendum pretium rei, non posset eam pretio communi emere, et casu, quo emeret, teneri ad restitutionem excessus: quod praxi, et communi hominum opinioni repugnat. Dicendum ergo errorem eventus futuri in ordine ad pretium praesens nihil facere. *Ad* 2. vitia praesentia mercis manifestari a venditore debent, non futura; et tale vitium est, quod valor mercis post aliquod tempus futurus sit minor; nam revera nunc ille adhuc ponitur esse, quo venditur merx proposita. *Ad* 3. contractus ille aliquo quidem modo involuntarius est, simpliciter tamen voluntarius, cum non procedat ex errore aliquo, qui ad substantiam contractus pertineat; cons. validus erit. *Ad* 4. optime domus pretio currenti venditur ab eo, qui scit privata notitia eam ab hostibus paulo post diruendam; hoc enim probat ratio post responsionem allata.

115

Quaeritur 9. utrum, cui tradita est res vendenda pro certo pretio, possit excessum, quo pluris vendidit, sibi retinere? Resp. regulariter loquendo non posse. Ita Major *in* 4. *dist.* 15. *q.* 41. *art.* 5. Sylv. *V. emptio q.* 24. Navar. *man. c.* 23. *n.* 97. Saa. *V. venditio n.* 11. Molin.

tr. 2. *D.* 363. *n.* 1. Less. *l.* 2. *c.* 21. *dub.* 19. Salas *tr. de empt.dub.*45. *n.* 2. Palm. *tr.* 32. *D.* 5. *p.* 16. *n.* 2. card. de Lug. *D.* 26. *s.* 9. P. Friderich *n.*399. *Ratio est*, quia si retinere ejusmodi excessum posset licite, id posset vel titulo donationis, quasi dominus definiens pretium illo velit esse contentus, et reliquum donare proxenetae, aut famulo vendenti; vel titulo mercedis pro labore, et industria, quam iste in rem vendendam adhibuit: neutrum dici potest: *non primum*; quia designatio talis ordinarie solum fit, ne infra illud pretium res vendatur, non vero, quod dominus nihil ultra illud desideret. *Non secundum*; quia vel jam constituta vendendi est merces, prout proxenetis solet, vel aliunde tenetur, ut famulus, vel gratis eum laborem in se suscepit, ut amicus: et esto, debeatur ipsi aliqua compensatio propter laborem aliquem extraordinarium, hanc tamen sibi ipsi non potest facere, sed eam petere debet a domino actione negotiorum gestorum, pretium vero totum, utpote fructum rei venditae eidem praesentare.

116

Dixi *regulariter*; potest enim quandoque excessus supra pretium rei venditae designatum a proxeneta, vel famulo etc. cui vendenda pro certo pretio tradita est, retineri. Et 1. quidem, quando ita conventum est expresse, vel etiam tacite, quia v. g. nullum aliud stipendium eidem a domino constitutum est, ipse vendens talis est, qui de jure non debet, vel non censetur velle gratis operam suam eidem praestare; Palm. *n.* 1. cum *cit.* 2. Si postquam non invenit aliquem, qui pretio majori emeret, ipse eo pretio emit, et postea oblata occasione majoris vendendi, illam sic vendidit; tunc enim suam vendidit, et cons. eam vendendo suum efficit ex toto pretium. Less. *cap.* 21. *cit. n.* 139. cum allegatis *supra.* 3. Si extraordinariam, et majorem, quam debebatur, adhibuit in vendendo industriam, ut si jussus vendere in certo loco, cum non inveniret, qui pretio a domino taxato, vel majori taxato emeret, rem transferret in alium locum valde distantem, et ibi majoris venderet; nam eo casu retinere poterit excessum, qui supra pretium est, quod obtenturus erat in loco, ubi jussus est vendere; Gab. Graffis, Saa, Molina, Salas, quos citat, et sequitur P. Friderich. *n.* 403.

§. VI.

De obligationibus venditoris.

SUMMARIUM

117

Quaeritur 1. an venditor teneatur manifestare vitia mercis? Distinguendo: vel enim vitium illud est solum extrinsecum rei, vel intrinsecum eidem. *Si extrinsecum est*, ut si sciat venditor brevi minuendum mercis illius pretium propter magnam ejus advehendae copiam, aut emptorum paucitatem, non tenetur de hoc monere emptorem, modo pretium, quod exigit, sit currens, et justum. *Proceditque hoc*, ut ne quidem ad istud teneatur ex charitate, nisi casu, quo obinde emptor incideret in extremam, vel gravem necessitatem; Pal. *tr.* 32. *D.* 5. *p.* 15. *n.* 8. cum Molin. Sal. Lessio. *Ratio est*, quia charitas solum obligat abstinere a lucro iniquo, et contra leges, non autem condemnat lucrum legibus conforme, tametsi inde per accidens proximo damnum eveniat.

118

Si secundum, altera distinctio est adhibenda, et videndum, an vitium sit circa substantiam, ut si vendas videtrum pro gemma, aurichalcum pro auro, stannum pro argento, an vero solum circa qualitatem, et accidens, ut si vendas tigna vitiosa pro integris,

praedium hypothecatum pro libero etc. *Si vitium sit circa substantiam rei*, necessario manifestari debet, ita, ut si non manifestetur, contractus sit nullus, deturque in foro externo actio de dolo, et redhibitoria ad rehabendum pretium, ut cum Pal. *D.* 5. *cit. p.* 22. *n.* 2. communis DD. habet: et ratio est, quia in tali casu deest consensus emptoris.

119

Si contra vitium sit tantum circa qualitatem, interest, an per se manifestum illud sit, an vero occultum. *Si manifestum est*, non tenetur venditor de hoc monere emptorem; *l. ea, quae* 43. *pr. ff. de contrah. empt. et l. Labeo* 1. §. *si intelligatur* 6. *ff. de aedilit. edict. Proceditque* hoc etiam in foro conscientiae, modo pretio justo res eos vitio affecta vendatur; quia sibi imputare emptor debet, quod rem vitiosam emerit, cum posset facile vitium agnoscere; S. Thom. 2. 2. *qu.* 77. *art.* 3. *in corp.* Sylv. *V. emptio q.* 19. Sot. *l.* 6. *qu.* 3. *art.* 2. *concl.* 6. Molin. *tr.* 2. *D.* 353. *n.* 17. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 17. *n.* 14. Pal. *D.* 5. *cit. p.* 22. *n.* 6. *Excipitur*, nisi emptor adeo esset rudis, aut oculis, vel mente hebes, ut vitium facile videre non posset; tunc enim, foro conscientiae spectato, verius videtur, venditorem obligari ad manifestandum tale vitium in iis casibus, in quibus manifestari vitium occultum debet, quod comparatione emptoris perinde se habeat; Pal. *l. cit. n.* 7. cum allegatis.

120

Si vitium circa qualitatem occultum sit, videndum est, an emptor intentionem suam certae conditioni, vel qualitati alliget, vel non. *Si alligat intentionem suam*, ut si expresse non vult emere aliud vinum, quam Rhenanum, tunc casu, quo eidem a venditore offertur aliud, venditio est nulla ob defectum consensus, alligati hujusmodi qualitati. *Excipitur*, nisi detur aeque utile ad finem emptoris; tunc enim emptio talis rei, etsi non affectae ea qualitate, quam emptor desiderat, valebit, neque venditor tenebitur de ejus defectu monere. *Proceditque*, etsi res alia sit etiam substantialiter, modo descendatur in pretio, casu, quo res data minus valet, quam petita. Ita Sanch. *l.* 7. *de matrim. D.* 18. *n.* 12. Salas *de empt. dub.* 35. *n.* 1. card. de Lug. *de just. D.* 26. *n.* 124. P. Friderich *tr. de empt. vend. n.* 527. et alii apud istos. *Ratio est*, quia licet substantia physica sit diversa, non tamen diversa est in consideratione morali, juxta quam fit aestimatio rerum venalium.

121

Quodsi emptor intentionem suam tali qualitati non alliget, ordinarie venditor non tenetur manifestare vitium mercis, quod praecise circa qualitatem ejus se tenet, sed sufficit, si juxta vitii illius

qualitatem pretium minuat. *Proceditque hoc* probabilius etiam casu, quo emptor, habitualiter ita constitutus est, ut si vitium illud scivisset, rem omnino non fuisset empturus, ut recte advertunt Sot. *l.* 6. *de just. q.* 3. *art.* 2. Valent. *D.* 5. *q.* 20. *p.* 4. *concl.* 2. *et* 4. Graffis *p.* 1. *decis. l.* 2. *c.* 116. *n.* 8. Molin. *tr.* 2. *D.* 353. *n.* 22. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 17. *n.* 15. Palao *tr.* 32. *D.* 5. *p.* 22. *n.* 14. P. Friderich *n.* 534. et videtur fuisse sententia S. Thom. 2. 2. *quaest.* 77. *art.* 3. modo mendacium, et dolus absit, et venditor mere negative se habeat. *Ratio est*, quia dissensus, qui non est, sed esset non facit involuntarium contractum, sed faceret, si esset. Igitur adhuc venditio erit valida, et cum abesse ponatur omnis deceptio ex parte venditoris, etiam licita.

122

Dixi *ordinarie non teneri venditorem ad manifestandum tale vitium. Excipiuntur* tres casus, in quibus manifestari emptori vitium occultum etiam circa qualitatem, quamvis eidem intentionem suam non alligarit, a venditore debet ex justitia, et cum obligatione compensandi. 1. Si vitium tale emptori foret periculosum, v. g. si equus sit ferox, bos cornupeta, domus ruinosa, vinum fugiens, cum tamen ematur, ut servetur. 2. Quando merx, quae emitur, est inutilis, aut fere inutilis ad finem ementis, tametsi non sit noxia, uti sunt medicamenta evanida, panni adusti, semina corrupta. Ratio hujus, et praecedentis exceptionis est, quia in utroque casu censetur emptor involuntarius, et quasi dolo ad emendum inductus, cum praesumat se emere mercem sanam, et sibi utilem, cum tamen illa sit noxia, vel inutilis. 3. Quando emptor emit ad revendendum; tunc enim de vitio monendus est, ne ipse revendat majori pretio, quam res cum illo vitio valeat. Videatur Pal. *p.* 22. *cit. n.* 8. *et seq.* P. Friderich *n.* 531. cum aliis, quos hi allegant.

123

Quaeritur 2. an, et quando venditor rem tradere emptori debeat? Resp. Ad hoc tenetur, contractu mutuo consensu perfecto, et impletis conditionibus, sub quibus de re, pro pretio tradenda inter contrahentes conventum est. Haec prima venditoris, et velut essentialis obligatio est: cui ex parte emptoris correspondet obligatio solvendi pretium, ita, ut neutri invito altero resilire a contractu liceat; Molin. *tr.* 2. *D.* 337. *n.* 1. Perez *in C. de contrah. empt. num.* 1. Vvies. *hic n.* 24. Prior autem ad traditionem tenetur is, qui rem, aut pretium conventum prior sibi tradi petit, sive is emptor, sive venditor sit; quia generale est, quod is, qui in contractu ultro, citroque obligatorio alterum ad impletionem ejusdem vult cogere, prius illum implere debeat, aut saltem paratus esse ad eum im-

plendum ; *l. Julianus* 13. §. *offerri* 8. *et l. qui pendentem* 25. *ff. de action. empt.*

124

Dub. 1. quis sit effectus traditionis? Resp. Si utrimque traditio facta sit, mercis sc. ex parte venditoris, pretii ex parte emptoris, id operatur traditio, ut transferatur dominium rei emptae a venditore in emptorem, et vicissim pretii soluti ad hoc in illum; quantumvis enim contractus emptionis venditionis jam ante traditionem quoad substantiam perfectus sit, ut *supra n.* 6. dictum est, ad integralem tamen ejus perfectionem, et consummationem traditionem rei emptae ex parte venditoris, et solutionem pretii ex parte emptoris, vel saltem fidem de eo solvendo habitam accedere est necesse, quod regulae instar sit, traditionibus, non nudis pactionibus, et titulis, ut emptio venditio est, rerum dominia transferri; *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* Verum haec suas exceptiones patitur; nam aliquando rei dominium in emptorem non transfertur, etiamsi illa sit tradita; aliquando autem ejus dominium in emptorem transfertur, etiam sine traditione.

125

Prius contingit in duplici casu: *unus* est, quando procurator fisci rem ad fiscum pertinentem vendidit emptori, eique tradidit; *alter*, quando procurator, vel alius mandatarius ecclesiae, aut minoris vendidit, et tradidit rem ecclesiae, vel minoris: nam in neutro casu traditio sola, etiam fide de pretio solvendo habita, ad dominii translationem sufficit, sed in primo res ita vendita in dominio fisci remanet, in secundo in dominio ecclesiae, donec pretium pro illa solutum sit. De fisco constat ex *l. fin. curator* 5. *in fin. ff. de jur. fisc.* ex quo ducitur argumentum ad res ecclesiae; quia privilegiis fisci gaudet. *Rationem* dat Barthol. *ad l. cit.* quia procurator fisci, minoris, vel ecclesiae non potest vendere, nisi ex causa, ut creditoribus satisfiat, quam causam non implet habendo fidem de pretio; cons. non potest vendere, nisi praesente, et numerata pecunia. Extendit hoc Abb. *in c.* 2. *de precar. n.* 6. etiam ad casum, quo praelatus rem ecclesiae illegitime alienat; sed probabilius contrarium tenet Laym. *disp. can. de rer. eccl. alien. c.* 5. §. 1. *th.* 46. ex ratione, quia praelatus majorem, ac liberiorem potestatem alienandi res ecclesiae habet, quam procurator, aut mandatarius; et ipsa administratio generalis, quae ipsi committitur, videtur exigere, ut in casu, quo jus alienandi habet, etiam fidem habere emptori de pretio solvendo ad aliquod tempus possit. Poterit igitur eo casu transferre dominium rei venditae in emptorem, fide solum habita de solvendo pretio. *Excipitur* casus, quo ratio alie-

nandi cessat, nisi statim solvatur pretium ab emptore, puta si alienatio fiat, ut debita ecclesiae solvantur.

126

Absque traditione dominium in emptorem transfertur iterum in duplici casu. 1. Quando res vendita est ecclesiae, monasterio, aut alteri pio loco; item quando civitati: nam hujusmodi loca munita sunt speciali privilegio, vi cujus dominium ipsis simplici donatione, legato, venditione etiam ante traditionem quaeritur; *l. ut inter* 23. *C. de ss. eccl.* Covar. *l.* 2. *var. c.* 19. *n.* 2. 2. Quando dominus vendit emptori rem, quam jam antea ex aliqua causa v. g. commodati, depositi eidem tradidit; tunc enim, si venditor illam apud emptorem tanquam dominum manere patitur, hic sine alia traditione acquirit ejus dominium: et ratio est, quia paria sunt tradere, et rem, cui jam ante aliquis incumbit, pro tradita habere; *l. qua ratione* 9. *ff. de acquir. rer. domin.* Imo in casu dato res ita vendita, prius commodata, vel deposita, fictione juris censetur brevi manu reddita primum domino, et postea ex venditore iterum tradita; Manz. *ad* §. 44. *instit. de rer. divis. n.* 4.

127

Dub. 2. an si emptor petat impletionem contractus, venditor determinate teneatur tradere ipsam rem venditam, vel contra liberetur ei interesse solvendo? Satisfacere interesse solvendo opinantur Covar. *l.* 2. *var. cap.* 19. *n.* 1. Mynsing. *cent.* 1. *obs.* 53. *n.* 3. *et* 4. Fachin. *l.* 2. *contr. c.* 30. Bachov. *ad Treutl. D.* 28. *th.* 2. *lit. C.* Ant. Faber *de error. pragm. decad.* 85. *err.* 4. Friderich. Martin. *de jur. cens. c.* 6. *n.* 29. Gibalin. *l.* 4. *de negot. c.* 4. *art.* 5. *n.* 6. et alii plures apud Arprecht *ad princ. inst. h. t. n.* 33.

Moventur 1. textu *l. si res* 1. *pr. ff. de act. empt.* ibi, *si res vendita non tradatur, in id, quod interest, agitur, hoc est, quod rem habere interest emptoris.*

2. Ex *l. vinum* 22. *ff. de reb. credit.* ubi pro vino mutuo dato aestimatio soluta est: igitur quia praestatio interesse venditorem liberat.

3. Ex *l. si ita* 25. §. *qui vendidit* 1. *ff. de contrah. emption.* ibi, *qui vendidit, necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur, qui fundum stipulandi spopondit.*

4. Ex *l. si jactum* 12. *ff. de act. empt.* ibi, *si jactum retis emero, et piscator, quod extraxit piscium, reddere mihi noluit, id aestimari debet, quod extraxit.*

5. Ex *ratione;* quia venditor obligatur ad factum, sive ad traditionem. Sed explorati juris est, quod in obligationibus facti sufficiat praestare id, quod interest; *l. stipulatione* 72. *V. Celsus ff. de V. O.* ergo etc.

128

Sed his non obstantibus dicendum, venditorem ad ipsam rem tradendam obligari. Ita Felin. *in c. Joannes* 10. *de fid. instr. n.* 34. Abb. *ibid. n.* 16. Sichard. *ad rubr. C. de contr. empt. n.* 8. Treutl. *D.* 28. *vol.* 1. *th.* 2. *lit. C.* Pal. *tr.* 32. *D.* 5. *p.* 13. *n.* 2. Althus. *Dicaeol. l.* 1. *c.* 74. *n.* 30. Harppr. *pr. inst. h. tit. n.* 34. Arnold. Rath. *de contr. empt. th.* 57. Haun. *t.* 4. *tr.* 10. *n.* 16. *et seqq.* P. Friderich. *tr. de empt. vend. n.* 539. *et seqq.* Konig. *hic n.* 36. Vvies. *hic n.* 30. et plurimi alii ab his *cit.* Eandem sententiam tenet jus nostrum Bavaricum *Landrecht tit.* 6. *art.* 3. et ostendunt clari textus juris communis; sic enim §. *sed et certum* 1. *inst. h. tit.* statuitur, ut contractu perfecto *omnimodo -- et pretium persolvatur*, *et res tradatur*, *et venditio ad effectum perducatur.* Idem dicitur §. *aliae* 2. *instit. de donat. et l. ex empto* 11. §. *et in primis ff. de action. emption.* aliisque textibus, quos cumulatim pro sententia ista allegant DD.

129

Ratio est, quia si venditor alternative tantum ad rem tradendam, vel ad interesse solvendum obligaretur, secunda ejusdem rei venditio facta alteri et valida, et licita foret; nam uni praestando rem, alteri solvendo interesse adimpleret obligationem ex contractu emptionis venditionis natam, sequela pugnat cum textu *l. qui duobus* 21. *ff. ad leg. Cornel. de falsis*, et contraria est communi DD. sensui, juxta quos hujusmodi secunda venditio injusta, et si res vendita non simul tradita fuerit, nulla, et irrita est. *Conf.* 1. nam emptor determinate obligatur ad pretium venditori rem offerenti solvendum, idcirco solum, quia de hoc inter illos conventum est. Atqui non minus inter eosdem conventum est de re tradenda: ergo ne emptoris conditio deterior sit, quam venditoris, etiam venditor determinate obligabitur ad rem emptam tradendam. *Conf.* 2. non debet emptor cogi ad subeundum periculum gravis damni ex contractu bona fide inito: cogeretur autem ad hoc periculum subeundum, si venditor satisfaceret solvendo, quod emptoris interest; nam cum istud in facto consistat, difficulter probari potest; eo autem non probato, nihil emptor reciperet, praeter pretium: ergo.

130

Neque aliud probant argumenta adversariorum. *Ad* 1. lex illa, et pleraeque aliae, quae in contrarium afferri solent, solum loquuntur de casu, quo res empta ob moram venditoris non amplius tradi emptori potest, quod aut interierit, aut evicta sit a domino legitimo, aut alteri secundo emptori tradita; tunc enim satisfaciet emptori venditor, solvendo ipsi, quod interest. Colligitur explicatio haec ex ipsa *lege cit.* quae dum addit, *hoc* (interesse) *interdum*

pretium egredi, clare supponit, venditorem non amplius habere potestatem tradendi rem; alioquin utique eam potius, quam interesse, pretium illius excedens praestaret. *Ad* 2. negatur illatum: in casu *l. cit.* debitor in mora fuit: unde factum est, ut vinum ejusdem bonitatis non amplius reperiretur; sicque mirum non fuit, quod ad aestimationem deveniendum fuerit. *Ad* 3. sermo ibi est de fundo alieno vendito, quem quidem venditor tenetur tradere, sed si evincatur, non tenetur eum comparare, et tradere, ac transferre dominium, cum in casu evictionis solum teneatur ad interesse. *Ad* 4. ibi non dicitur, ut bene notat Haun. *num.* 20. agendum esse ad interesse, sed ad aestimationem piscium in eum eventum, ut si pisces ob moram traditionis perirent, aut deteriorarentur, piscator aestimationem praestare deberet: per quod non negatur, quod piscator revera sit obligatus ad ipsos pisces tradendos. *Ad* 5. traditio rei venditae non est aliquid nudi, et in labore personali consistentis facti, sed juris quoque; quia involvit translationem dominii, vel saltem conditionis usucapiendi, ut recte Harppr. *loc. cit. n.* 61. Deinde, quod dicitur in facti obligationibus sufficere, ut praestetur id, quod interest, verum est quidem casu, quo factum principaliter, et ultimate intenditur tamquam finis v. g. alicujus opera in aedificando, arando etc. non vero quando intenditur tanquam medium, ut fit in nostro casu, ubi traditio intenditur ad translationem dominii, vel conditionis usucapiendi; Haun. *n.* 21. Vviest. *n.* 32. et alii passim.

131

Dub. 4. quomodo traditio mercis, seu rei venditae fieri debeat? Resp. Interest, qualis sit res, quae venditur, an mobilis, an immobilis, an consistat in aliquo jure, vel servitute.

Res mobilis pro sua diversitate diversimode traditur. Nam 1. si facile moveri potest, ut liber, catena aurea etc. tradenda est de manu in manum, nisi forte jam apud emptorem existat; quia tunc sufficiet; si emptor, qui prius tanquam depositum, commodatum etc. possedit, incipiat possidere ut suam.

Si res sit gravior, quae difficulter moveri potest, demonstratio rei praesentis pro traditione valet; *l. possessio* 1. §. *si jusserim* 21. *ff. de acquir. vel amitt. posses.* aut etiam obsignatio, seu signi impressio, ut in lignis, et trabibus; *l. quodsi* 14. *in fin. ff. de peric. et commod. rei vendit.*

Si res constet numero, pondere, et mensura, refert, an illa vendatur *per aversionem*, seu *ad corpus*, an *ad mensuram*. Si *primum*, traditio fit modo per degustationem, uti in vino; *l. si vinum* 1. *et l. siquis* 2. *ff. eod.* modo per traditionem clavium ad horreum, vel cellam, quibus frumentum, aut vinum coemptum

clauditur ; *l. cum convenit* 2. *Cod. eodem.* Si *secundum*, tunc demum res empta censebitur tradita, cum admensa, appensa, adnumerata fuerit ; *l. quod saepe* 35. §. *in his* 5. *ff. de contr. empt.*

132

Res immobilis traditur 1. per immissionem corporalem, si videlicet in fundum, vel domum emptam introducatur : et sufficit, si unam illius partem adeat ; *l. possideri* 3. §. *et adipiscimur* 1. *ff. de acquir. vel amitt. posses.* 2. Si venditor eminus, vel cominus ostendat emptori fundum, et dicat se tradere ejus possessionem, ac emptor significet se eandem acceptare ; *l. possessio* 1. §. *si jusserim* 21. *et l. quod meo* 18. §. *si venditorem* 2. *ff. eod.* 3. Si venditor emptori tradat scripturam, vel instrumentum, quo constet de titulo, et jure, quo possidebat ; *l. emptionum* 1. *C. de donat.* 4. Si tradat claves domus, aut fundi, idque in praesentia domus, aut fundi venditi ; *l. clavibus* 74. *ff. de contrah. empt.* 5. Si post contractum, consentiente venditore, apponatur custodia, aut res signetur nomine emptoris ; *l. quarundam* 51. *ff. de acquir. vel amitt. poss.* 6. Si venditor se rei venditae constituat conductorem, vel ejus usumfructum sibi reservet ; *l. quaedam* 77. *ff. de R. V.* 7. Siquis vendidit rem absentem, seque constituat possessorem meo nomine, seu dicat, se modo non suo, sed meo nomine possidere, et ego consentiam; *l. quod meo* 18. *cit.*

133

Jurium, et *servitutum* traditio fit, 1. Si venditor emptorem mittat, aut ducat in fundum, in quo servitutem ipsi constituit, animo constituendi, et tradendi. 2. Si emptor jure sibi vendito utatur tanquam ad se pertinente, sciente, et ferente venditore. De quibus vide plura *l.* 2. *tit.* 12. *a n.* 5. Hoc solum noto, ut rei venditae traditio facta esse intelligatur, necesse esse, ut tradita sit ejus possessio vacua, ac non occupata ab alio ; *l. si tibi* 8. *ff. de act. empt.* certa, et non litigiosa; *l. ratio* 3. *pr. ff. eod.* perpetua, et non temporanea ; *l. non videtur* 22. *ff. de acquir. vel amitt. poss.*

134

Circa *locum*, *et tempus* traditionis standum est conventioni contrahentium. Si nihil super iis convenit, tradenda res est loco, quo vendita, et statim tunc, quando pretium pro ea est persolutum. Quandiu vero istud persolutum non est, aut fides de eo solvendo habita, non tenetur venditor rem venditam tradere, sed retinere illam potest quasi jure pignoris, tametsi super pignore nihil convenerit ; *l. Julianus* 13. §. *offerri* 8. *de act. empt.*

135

Dub. 4. quaenam venditio teneat, si postquam res vendita est uni, deinde vendatur alteri? Resp. Hic distinguendum est, an res vendita neutri sit tradita, an vero dum alii vendita est, simul etiam sit eidem tradita.

Si primum, et rei dominium in neutrum translatum sit, tradi res vendita primo debet, non obstante venditione secundo facta. Est recepta doctrina apud omnes melioris notae DD. et colligitur *arg. reg. quoties* 98. *ff. et reg. qui prior* 54. *in* 6.

Ratio est, quia quod licite fieri non potest, in jure reputatur impossibile; *can. faciat* junct. glóss. *V. quod potest caus.* 22. *q.* 2. et cons. ad illud non datur obligatio; atqui secundo emptori venditor rem ab alio prius emptam sine hujus injuria, cons. licite non potest tradere, igitur cum alicui ex contractu venditionis debeat rem venditam tradere, tenebitur eam tradere primo. Idem dicendum, quando dubitatur, an alicui, et cui res prius sit tradita; praeferri enim tunc debet prior emptor, tum quia habet fundatam suam intentionem, tum ut ejus injuria reparetur. *Excipitur*, nisi secundus pretium numeraverit, et hoc primus non fecerit, vel non constet fecisse; Covar. *l.* 2. *var. c.* 19. *n.* 6.

136

Si secundum, et rei dominium per traditionem in posteriorem emptorem translatum jam est, secunda venditio, quamvis priori injuriosa, et graviter peccaminosa, jure subsistit; *l. quoties* 15. *C. de R. V.* ad eum fere modum, quo validum est matrimonium, quod Titius iniit cum Bertha, post sponsalia de futuro ante contracta cum Livia; Covar. *c.* 19. *cit. n.* 2. Molin. *tr.* 2. *D.* 369. *n.* 7. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 72. Vviest. *hic n.* 27. *et* 28. Et procedit hoc, etiamsi prima venditio fuisset firmata juramento, ut bene aliis *citt.* notat Pal. *tr.* 32. *D.* 5. *p.* 27. *n.* 5. et locum habet etiam in contractu permutationis, locationis etc. Ratio est, quia etsi venditor, perfecta prima venditione, rem venditam teneatur primo emptori tradere, tamen donec eandem tradat, dominium ejusdem retinet: igitur etsi illicite, valide tamen illud in alium transferre potest.

137

Excipiendi sunt tres casus: *Unus est*, quando res primo emptori specialiter hypothecata est; nam stante hac hypotheca, jus in re concedente, nequit secundus emptor firmum rei venditae dominium acquirere, sed acquirit solum revocabile a primo emptore, ut constat ex *l. creditor* 12. *ff. qui potior. in pignor.* ubi §. *fin.* Marcianus, *nam et in pignore*, inquit, *placet*, *si prior convene-*

rit de pignore licet posteriori res tradatur , adhuc potiorem esse priorem. Alter casus, quando secundus emptor, et in quem dominium translatum est , conscius fuit , quod eadem res jam prius sit alteri vendita ; nam eo casu poterit primus emptor ab hoc secundo rem acceptam repetere intra annum a die scientiae alienationis, utpote alienatam in sui fraudem ; *arg. l. ait praetor* 1. *et seqq. ff. de his , quae in fraud. credit.* Transacto anno in foro externo quidem secundus emptor non est obligatus , obligatus tamen probabilius manet in foro interno , si non ad rem primo emptori tradendam , saltem ad satisfaciendum ipsi , quanti sua intererat rem habere , nisi venditor ipse satisfaciat , ut sic reparetur damnum ipsi injuria datum; Pal. *tr.* 32. *D.* 5. *p.* 27. *n.* 11. *Tertius est* , quando res prius vendita fuit ecclesiae , aut alteri pio loco , aut civitati , vel pro redemptione captivorum ; nam his per solam venditionem absque traditione acquiritur dominium, ut dictum est *n.* 126. cons. secundo emptori acquiri illud non potuit , quamvis accipienti rem , et solventi pretium.

138

Quaeritur 3. quid sit *evictio* , et quando venditor de hac teneatur emptori ? Resp. *Evictio* nihil aliud est, quam rei suae, quam alius legitimo titulo acquisierat, per judicem recuperatio; Vvesembec. *ff. de evictian. n.* 1. Pirh. *hic num.* 42. De hac regulariter tenetur venditor emptori, etiamsi tam hic, quam ille ignoraverint rem alienam esse, aut alteri obligatam, quia ignorantia venditorem non excusat , cum rei , quam vendit conditionem scire quisque teneatur , ac praesumatur ; *arg. l. quisquis* 15. *C. de rescind. vendit.* Estque perinde , sive res tota , sive ejus tantum pars aliqua evincatur ; *l. sive to. a* 1. *pr. ff. de evict.* Unde etiamsi ususfructus tantum rei venditae evincatur , tenebitur venditor praestare emptori , quanti is aestimabitur ; *l. sed siquid* 15. §. *si ususfructus* 1. *l. vaccae* 43. *et l. si ab emptore* 49. *ff. eod.* et ratio est , quia ususfructus , veluti pars rei , v. gr. praedii censetur ; *l. ususfructus* 4. *ff. de usufr. et quemad.* Gomez *tom.* 2. *var. c.* 2. *n.* 45. Molin. *tom.* 2. *D.* 380 *n.* 4. Pal. *tr.* 32. *D.* 5. *p.* 28. §. 1. *n.* 7.

139

Si servitus evincatur, distinguendum est, an venditor rem servituti subjectam vendiderit tanquam liberam , sciens esse servituti subjectam, an vero ignorans; nam si sciens vendidit , de evictione tenetur; *l. quod ad servitute* 57. *ff. de evict. l. si res vendita* 1. §. *venditor* 1. *l. Julianus* 13. *pr. et l. quaero* 39. *ff. de act. emp.* Quod adeo verum est, ut etsi pactum feceris, nec hac obligatione tenearis, non obinde excuseris ; quia emptor non censetur in pactum do-

losum consentire; *l. quaero cit.* Gomez *c.* 2. *cit. n.* 45. Molin. *n.* 4. *cit. vers. si vero*, Pal. *n.* 8. Si vero ignorans vendidit tanquam liberam non tenetur quidem ad interesse , et damna inde consecuta , praestare tamen emptori debet, quanto minus res valet, quae servituti subjecta est, quam si libera esset; *l. sed si quid cit.* §. *fin.* Pal. *n.* 8. *cit.* cum modo relatis.

140

Non autem refert ad obligationem praestandi evictionem , sive de hac praestanda inter contrahentes convenerit, sive non; *l. non dubitatur* 6. *C. de evict.* Ratio est, quia emptio venditio est contractus bonae fidei, et nihil bonae fidei magis congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est, vel si nihil sit actum inter istos ut praestentur, quae contractui naturaliter insunt: atqui emptioni venditioni, tanquam contractui synallagma continenti, et ultro citroque obligationem parienti, naturaliter inest, ut sicut emptor pretium rei solvendo illud venditoris facit, sic vicissim etiam venditor rem tradat emptori, et in hunc, vel dominium, vel saltem possessionem illius vacuam cum usucapiendi conditione transferat; *l. clavibus* 74. *ff. de contr. empt.* igitur si res, vel pars ejusdem v. g. jus alteri in ea quaesitum evincatur, emptori venditor de evictione tenebitur; Gonz. *in c. fin. n.* 10. Pirh. *n.* 41. Vviest. *n.* 79. *et* 80.

141

Dub. 1. quid ratione evictionis petere possit emptor a venditore, et quid iste ex ea causa teneatur ipsi praestare ? Resp. Si res vendita a domino ejusdem coram judice evicta fuerit, et emptor istius decreto compulsus rem a se emptam reddere, duo a venditore petere emptor potest.

Primo potest ab eo petere pretium, quo res inter contrahentes fuit aestimata, integrum quidem, si res tota evicta est; partem vero illius, si tantum pars evicta est; *l. sive* 2. *l. si fundo* 53. *l. ex mille* 64. *pr. ff. de evict. l. super empti* 16. *C. eod.* Neque enim, si pars tantum evincatur, ad resolutionem contractus agi potest, sed solum, ut pars pretii pro rata, et interesse praestetur; *l. cum plures* 72. *ff. eod. l. aediles* 38. §. *si forte* 13. *et* §. *seq. ff. de aedilit. edict.* *Excipitur* 1. si partem tantum emptor non fuisset empturus. 2. Si pars, quae remanet, inutilis, aut inseparabilis est a reliquis. 3. Si ita inter contrahentes convenerit; nam his casibus evicta una parte, agi potest ad restitutionem totius pretii, modo etiam emptor , quod sibi remansit, cogitet restituere.

142

Secundo potest petere singulare interesse, quanti praeter pretium pro re expositum emptoris interest rem evictam non fuisse. Sub

nomine *interesse* veniunt expensae, quas emptor in litem fecit, et omne lucrum cessans, ac damnum emergens ex lite, et evictione. Interest tamen, an venditor bona fide rem emptori vendiderit, an mala; nam *si mala*, quia scivit rem esse alienam, tenetur omnia damna, quae ex emptione, et evictione emptori emerserunt, et lucra, quae cessarunt, eidem refundere; *l. Julianus* 13. *pr. ff. de act. emp. ibi. Si vero* (venditor) *sciens reticuit* (vitium rei) *et emptorem decepit*, *omnia detrimenta*, *quae ex ea emptione traxerit*, *praestiturum ei.*

Ratio est, quia aequum non est, quod dolus suus quenquam relevet. *Si vero bona fide vendidit*, non tenetur ad solvendum totum interesse, quantumcunque illud est, aut erit de futuro, sed solum tenetur ad duplum (cui ipsum pretium tanquam simplum est) etsi emptoris ultra duplum intersit; *l. cum et forte* 44. *ff. de act. emp. l. un. C. de sententiis*, *quae pro eo*, *quod interest*, *proferuntur*. Non tamen in hoc duplo computantur sumptus litis; quia venditor suis, non emptoris sumptibus emptorem tenetur defendere.

143

Dub. 2. quid requiratur, ut venditor de evictione teneatur emptori? Resp. 1. requiritur, ut emptor tempore contractus rem esse alienam ignorarit; nam si sciens rem esse alienam, eandem emit, non tenetur ipsi venditor de evictione, nisi expresse de evictione praestanda inter ipsos convenerit; *l. si fundum* 27. *C. de evict.* 2. Ut super re empta litem sibi motam emptor in tempore denuntiaverit venditori, et petierit, ut sibi eam suscipienti, et prosequenti in judicio assistat, et probationes suggerat; *c. fin h. t. l. si rem* 29. *ff. et l. authore* 7. *C. de evict.* 3. Ut non solum constet quomodocunque emptori rem alienam, vel alii obligatam esse, aut lis illis super ea mota a domino, vel eo, qui jus aliquod in illa habet, sed etiam sententia lata adversus illum pro repetente in rem judicatam transierit, simulque rei emptae possessione in eundem translata, mandata executioni sit; *l. habere* 57. *ff. et l. qui rem* 3. *C. de evict.* Perez *in C. ib. n.* 19. Brun. *in l. qui rem cit. n.* 5. Vies. *n.* 81. Ratio est, quia evincere est plus, quam vincere, quia idem est, ac rem victo auferre: igitur ante actualem ablationem evicta dici non potest.

144

Dixi, has conditiones requiri, ut venditor teneatur de evictione, et ad restituendum emptori pretium: nam ut hic retinere possit nondum solutum, minus requiritur, sed sufficit, si in limine contractus immineat evictionis periculum; nam stante isto periculo, et usque dum venditor idoneam cautionem de evictione praestet, emptor pre-

tium pro merce tradita non tenetur solvere, vel si partem illius solvit, retinere potest, quod nondum solvit; *l. si post* 24. *C. de evict.* Proceditque hoc, etsi convenerit, ne de evictione teneatur venditor; nam sicut hujusmodi pactum non impedit, quo minus re evicta pretium repeti queat, *l. ex empto* 11. §. *fin. de act. empt.* ita non obstat, quo minus de evictione imminente caveatur ratione pretii. Porro in limine contractus imminere evictio dicitur, quando ante numeratum pretium, quamvis longo etiam intervallo post perfectum contractum, lis in judicio movetur emptori, aut si ei denuntiem, ne accedat ad emptionem rei mihi obligatae, simulque ostendam quod ea mihi obligata sit; *l. si post perfectam* 24. *C. de evict.*

145

Dub. 3. an semper laudare venditorem, seu denuntiationem ei facere emptor debeat? Resp. affirmative; alias regulariter loquendo ipsi venditor de evictione non tenebitur; *c. fin. h. t. l. si rem* 29. §. *quolibet* 2. *ff. l. authore* 7. *et l. emptore* 8. *C. de evict.* Abb. *in c. fin. cit. n.* 5. Covar. *l.* 3. *var. c.* 17. *n.* 3. Gomez *to.* 2. *var. c.* 2. *n.* 39. Mol. *tr.* 2. *de just. D.* 380. *n.* 8. Pirh. *hic n.* 44. Vvies. *n.* 83. Ratio est, quia venditoris maxime interest, et ipse melius rei a se venditae conditionem, et quae ad ejus defensionem conferunt, perspecta habet: igitur si res eo non laudato evincatur, praesumetur emptor non ob defectum juris, sed propter ignorantiam juris competentis venditori causa cecidisse: cons. cum tam salubre medium se defendendi omiserit, culpa non venditori, sed ipsi emptori imputabitur.

146

Proceditque hoc etsi venditor sciverit litem super re empta emptori fuisse motam; nihilominus enim denuntiatio eidem fieri necessario ab emptore debet, ut contra Bald. Imol. Cyn. et alios cum *cit.* advertit Fach. *l.* 2. *contr. c.* 35. et colligitur ex *l. si parentes* 20. *C. de evict.* ubi requiritur, ut denuntiatio venditori facta sit, non simpliciter, sed ad hoc ut rem, seu negotium defendat, liti assistat, probationibus emptorem instruat etc. ad quod non sufficit notitia litis motae aliunde habita, sed opus est denuntiatione expressa; *arg. l. qui uxori* 16. juncta *l. denuntiasse* 17. §. *quid ergo* 2. *ff. ad leg. jul. de adult. Neque obstat*, quod alias juxta *reg.* 31. *in* 6. certioratus non sit certiorandus; nam hoc verum est, quando certioratio fit tantum in eum finem, ut habeatur notitia rei. Secus dicendum, quando certioratio petitur, ut certiorandus aliquod factum praestet, ut fit in proposito casu, sc. ut venditor emptorem defendat; tunc enim necessitatem certiorationis non tollit praevia ejusdem notitia.

147

Quinque tamen excipiendi sunt casus, in quibus venditor, etsi non certioratus de lite emptori mota, nihilominus de evictione teneatur 1. Si per eum stetit, quominus lis ei mota denuntiaretur, nempe, quia latitat, vel quia impedit, quo minus denuntiatio ad eum pervenire possit; *l. si ideo* 55. *in fin l. si dictum* 56. §. *simili* 5. *ff. de evict.* glos. *in c. fin. V. institutum h. t.* 2. Si citra factum venditoris emptor cognoscere non potuit, ubi venditor esset, ut ei denuntiaret; *l. si dictum cit.* §. *sed et si* 6. 3. Si venditor hanc obligationem denuntiandi litem per pactum expresse remisit emptori; *l. Herennius* 63. *princ. ff. eod.* quia cum in favorem emptoris obligatio imposita sit emptori, potest venditor eidem renuntiare. 4. Si generaliter conventum est, ut quocunque modo res vendita evinceretur, teneatur venditor de evictione, et litem emptori motam venditor scivit: secus si ignoravit, tunc enim admonere illum de lite mota emptor debet, si velit, ut ille sibi teneatur de evictione; Covar. *c.* 17. *cit. n.* 7. Molin. *n.* 17. Pirh. *n.* 44. 5. Si emptor sit minorennis, et venditor aliunde scivit litem ipsi moveri; *arg. l. in minorum* 3. *C. in quib. caus. in integ. rest.* ubi dicitur, *in minorum persona reipsa*, *et ex solo tempore tardae pretii solutionis recepto jure moram fieri creditum est*: cessat ergo in iisdem regula juris interpellationem exigens pro mora incurrenda. Hanc in minoribus receptam opinionem cum Baldo, et communi aliorum etiam ad ecclesiam extendunt Covar. *l. cit. n.* 4. Molin. *n.* 13. *vers. quando empt.* Tiraq. *piae caus. privil.* 141. *et seq.* Fach. *l.* 2. *contr. c.* 37. Pirh. *n.* 44. *cit.* P. Frid. *de emp. vend. n.* 596. quia ecclesia jure minorum gaudet.

148

Dub. 4. quomodo facienda sit denuntiatio venditori, ut ea facta iste teneatur de evictione? Resp. 1. Facienda est non simpliciter, significando duntaxat intentari litem emptori, sed cum protestatione, et requisitione, ut venditor liti motae assistat. Sumitur ex *c. fin. h. t. l. si rem* 29. §. *quolibet* 2. *ff. l. si parentes* 20. *l. empti actio* 21. *l. cum successores* 23. *C. de eviction.* ubi dicitur instandum, et petendum esse, ut venditor ad defendendum veniat. 2. Inserenda est denuntiationi copia libelli, et acta litis motae adversus emptorem, ut cum Covar. *l.* 3. *var. c.* 17. *n.* 5. Fachin. *c.* 37. *citat.* communior aliorum tenet, teste P. Friderich *n.* 593. Sumitur ex *clem. causam* §. *ult. de elect.* et ratio est, ut sic is, cui facienda est insinuatio, sciat, quid ipsi faciendum sit, et deliberet, cedere, an contendere malit. Usu tamen contrarium receptum est, teste Molina, saltem quando judicis authoritate fit denuntiatio. 3. Facienda est denuntiatio ipsi venditori in praesentia, si commode fieri possit: secus ad

ejus domum coram vicinis. Si defunctus sit, fieri debet singulis ejus haeredibus ; *l. in executione* 85. §. *in solidum* 5. *ff. de V. O.* quia singuli tenentur pro rata. 4. Demum fieri debet ante publicationem testium , seu antequam tempus probationum, et exceptionum elapsum sit ; *l. si rem* §. *quolibet cit.* Si tamen in prima instantia non fuit facta denuntiatio , fieri potest in causa appellationis , dummodo omnia sint integra , et salva venditori , possitque is seipsum , et emptorem defendere; Covar. *c.* 17. *cit. n.* 8.

149

Venditor sic laudatus , et requisitus tenetur defendere emptorem , et assistere liti , vel eam in se suscipere , etiamsi specialiter ad hoc se non obstrinxerit, ut satis aperte traditur *l. qui absentem* 78. *ff. de procur.* et sumitur ex *l. si plus* 74. §. *mota* 2. *ff. de evict.* ubi dicitur , quod venditor ad rem defendendam conveniri possit : ergo ad id etiam condemnari poterit ; nam ubi est actio , ibi sequi etiam condemnatio potest , cum sententia conformis esse libello debeat. Accedit , quia venditor emptori praestare debet *habere licere*, seu ut habere liceat sine interpellatione ; *l. habere* 188. *ff. de V. S.* et ut emptor in lite sit potior; *l. ex empto* 11. §. *idem Neratius* 13. 13. *ff. de action. emption.* haec autem praestare sine defensione non potest: ergo etc. Sequi autem debet forum emptoris, et per consequens, si clericus sit , et emptor laicus , litigare debet coram judice laico, et vicissim coram ecclesiastico , si emptor sit clericus, licet ipse sit laicus , ut cum communiore tradit Covar. *pract. c.* 8. *n.* 3. Fachin. *l.* 3. *contr. c.* 38. Molin. *D.* 380. *cit. n.* 15. Gaill. *l.* 1. *obs.* 37. *n.* 7. Zoes. *de for. compet. n.* 28. Engl. *n.* 45. Scamb. *n.* 33. et ego notavi *l.* 2. *tit.* 2. *n.* 80. *V. tertio si agatur.*

150

Dub. 5. quibus casibus venditor emptori non teneatur de evictione? Resp. plures ejusmodi casus esse. Et 1. quidem , si emptor post litem sibi intentatam super re empta, aut saltem post litis contestationem , ante publicationem testium , vel conclusionem in causa venditorem non statim laudavit , seu eidem denuntiavit sibi litem moveri , ut ad causam defendendam veniat. Patet ex hactenus dictis.

2. Si sententia lata est contra emptorem a judicio contumaciter absentem ; *c. fin. hoc tit. l. emptore* 8. *C. et l. si ideo* 55. *ff. de eviction.* ubi etiam ratio redditur , quia tali casu *magis propter absentiam victus videtur* , *quam quod malam causam habuit.* Igitur sibi potius imputare emptor debebit , quam venditori , quod res a se empta per sententiam judicis evicta fuerit. *Excipitur* , si certum sit , quod etsi emptor praesens fuisset , causa cecidisset , vel illam amittere debuisset , quod constet rem esse evincentis seu vindicantis :

tunc enim adhuc praestare evictionem debebit venditor ; quia eo casu absentia , seu contumacia emptoris non fuit causa , cur condemnatus sit. In dubio tamen praesumitur fuisse causa , ut notat gloss. *in l. si ideo cit. V. habuit.* Estque haec praesumptio juris, et de jure; Pirh. *hic n.* 45.

151

3. Si res evicta fuit per errorem , imperitiam , sordes aut aliam injuriam judicis ; *c. fin. cit. l. si per imprudentiam* 51. *ff. et l. emptore* 8. *cod. de eviction.* Ratio datur *l.* 51. *cit.* quia *injuria , quae fit emptori* , *authorem* , i. e. venditorem *non debet contingere.* Accedit , quia evictio , per injuriam judicis facta , censetur velut infortunium quoddam ; casus autem fortuitus non imputatur venditori , sed ad emptorem, cui rei emptae dominium pertinet ; *l. necessario* 8. *ff. de peric. et commod. rei vendit.* igitur tali casu non venditor , sed emptor damnum per injuriam judicis illatum pati debet , si ab hoc compensationem illius non possit acquirere ; nam agere hoc casu contra judicem potest , qui ita judicando litem fecit suam; *inst. princ. de oblig. ex quas. delict. l. de eo* 2. *C. de poen. judic. qui mal. judic.*

4. Si sciens rem alienam , vel alteri obligatam emit ; *l. si fundum* 27. *C. de evict.* quia tali casu emptor sibi imputare debet , quod rem , quam evinci posse non ignoravit, malitiose emerit. *Excipitur* , nisi cum venditore de evictione convenerit ; tunc enim agere contra venditorem ad pretium recuperandum poterit, non vero ad interesse; Molin. *tr.* 2. *D.* 380. *n.* 22. Pirh. *hic n.* 47. Vviest. *n.* 86.

152

5. Si bona fide existimans rem esse suam venditor cum emptore , ne de evictione teneretur , convenit; Covar. *l.* 3. *var. c.* 17. *n.* 2. Molin. *n.* 18. Pirh. Vviest. *l. cit.* Tenebitur tamen eo casu venditor pretium , pro re evicta ei datum, restituere , nisi etiam de hoc, ne restitueretur , inter partes expresse conventum sit ; *l. ex empto* 11. § *fin. ff. de action. empt.* et ratio est , quia aequum non est , ut venditor cum emptoris jactura locupletetur.

6. Si emptor , mota ei lite circa rem emptam , in arbitrum compromissarium , aut judicem non suum consensit , et hic contra ipsum pronuntiavit ; *l. si dictum* 56. §. *si compromisero* 1. *ff. de edict.* quia cum sponte judicium subierit, res ipsius voluntate potius, quam illius necessitate evicta videtur.

7. Si emptor rem emptam usucapere potuit , et non fecit; tunc enim ipsi imputatur , quod res evicta fuerit ; *l. si dictum cit.* §. *si cum posset* 3.

153

8. Si a sententia, quae venditore absente in judicio lata est, non appellavit, aut appellationem interpositam deseruit, nisi id fecerit, quia agnovit jus evincentis; *l. Herennius* 63. §. *Giga* 1. *et fin. ff. de eviction.*

9. Si rei emptae possessionem sua culpa amisit, indeque factum, ut ex reo actor factus, litem amiserit; *l. si rem* 29. §. *si duplae* 1. *ff. eod.*

10. Si eandem pro derelicto habuit; *l. fin. ff. eod.*

11. Si ex mandato principis cogitur rem alteri vendere, aut contractu alio oneroso tradere; *l. Lucius* 11. *ff. eod.*

12. Si res vendita periit ante evictionem; *l. si quis* 26. *cod. eod.* quia post emptionem contractam, sicut commoda rei venditae, ita et pericula ad emptorem pertinent.

13. Quando creditor rem pignoris jure distraxit; *l. ex empto* 11. §. *sententiam* 16. *ff. de act. empt.* quia ita vendens censetur fide aliena vendere, et non nisi jus suum praestare voluisse.

Plures alii casus, in quibus locum non habet evictio, videri possunt apud Molin. *D.* 380. *cit.* et alios passim.

§. VII.

De obligationibus emptoris, et de periculo, ac commodo rei emptae.

SUMMARIUM

154

Quaeritur 1. an emptor teneatur ad manifestandam bonitatem mercis, et vitium pretii? *Certum est*, teneri alternative, vel ad manifestandam perfectionem mercis, et pretii a venditore petiti defectum, vel ad augendum pretium, si quod minus justo petierit venditor. Ita s. Thom. 2. 2. *q.* 77. *art.* 2. *corp. in fin.* Valent. *D.* 5. *q.* 20. *p.* 3. *et* 4. Navar. *Man. c.* 23. *n.* 89. et teste P. Friderich *tr.* de *empt. vend. n.* 673. TT. ac JCti communiter omnes. Ratio est, quia alioquin emptio foret injusta, cum non solvatur pretium justum pro re, quae emitur. Dixi *alternative*; nam determinate ad perfectionem mercis manifestandam non obligatur: in quo dispar est ratio emptoris cum venditore, quippe qui non semper satisfacit minuendo

pretium ob vitium mercis: et ratio disparitatis est, quia emptor tacendo perfectionem mercis, quae ipsi ad emendum offertur, si pretium justum pro ea numeret, nullum committit dolum, nec decipit venditorem: sic autem saepe decipit venditor, tacendo vitium mercis, quam ipse vendit; forte enim ad usum a venditore intentum ob vitium illud inidonea est.

155

Dub. 1. an casu, quo emptor scit pretium mercis, venditor autem ignorat, et ille hunc interroget, an velit eam dare pro tali pretio, et reliquum, si quid amplius res valeat, condonare, si venditor consentiat, emptor in conscientia tutus existat? Affirmant Cajet. *in summ. V. emptio n.* 2. Armill. *V. eod. n.* 6. et probabile esse existimat Emman. Rodriq. *p.* 2. *summ. c.* 81. Lopez 1. *de contract. c.* 4. sed dicendum cum Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 353. *n.* 11. et communi reliquorum DD. non esse tutum, sed emptorem, si tali pretio mercem emerit, obligari in conscientia ad restitutionem usque ad integrum valorem ipsius infimum. Ratio est, quia haec obtentio donationis illius excessus, quo res plus valet, est solum palliata, et ob ignorantiam venditoris plus de necessario, quam de voluntario habet, quippe cum solum donet ex pacto, quia emptor alias non vult emere. *Conf.* quia hoc pacto valeret omnis emptio infra justum pretium infimum, si interrogaret emptor imperitum venditorem, an excessum, quo plus valet res, condonare velit: imo sic excusari usurarius ab usuris posset, modo obtineret a mutuatario, ut hic ipsi gratis usuras promitteret, vel condonaret.

156

Dixi, *si sciat emptor:* aliud est, si etiam iste ignoret, quod sit pretium rei justum; nam hoc casu si uterque ob incertitudinem consenserit in certum pretium, condonando sibi invicem excessum, et defectum, si quis fuerit, neuter, postea errore detecto, restituere, vel compensare defectum tenebitur; quia uterque rem sorti, et fortunae commisit. Debet tamen eo casu utrimque periculum perdendi esse aequale; nam si ex una parte esset minus periculum, is, qui sciret, se minori periculo exponi, deberet hanc ipsam suam conditionem pretio compensare illud vel augendo, si emptor est, vel minuendo, si venditor, ut sic contractum ad aequalitatem reducat.

157

Dub. 2. an qui scit in fundo latere thesaurum, venditor vero hoc ignoret, emere illum ab hoc pretio vulgari, et tali possit, quo emeretur, si thesaurum non contineret? Resp. affirmative. Ita s. Th. 2. 2. *q.* 66. *art.* 5. *ad* 2. Sot. *l.* 5. *de just. q.* 3. *art.* 3. *ad* 1. Navarr. *man. c.* 17. *n.* 175. Molin. *tr.* 2. *D.* 353. *n.* 12. Less. *l.*

2. *c.* 5. *n.* 62. Laym. *l.* 3. *tr.* 1. *c.* 5. *n.* 23. *vers. quod si sciens* Pal. *tr.* 21. *D. un. p.* 17. *n.* 4. card. de Lugo *de just. D.* 6. *n.* 128. Gibalin. *l.* 4. *de negot. c.* 4. *art.* 7. *n.* 17. P. Friderich *tr. de empt. vend. n.* 677. et plurimi alii. Ratio est, quia justum rei pretium humanum non sumitur praecise ex majore utilitate rei, sed ex communi aestimatione hominum : atqui ager , in quo thesaurus ignotus latet, communi aestimatione hominum tantum praecise valet, quantum si thesaurus in eo lateret nullus; nam *ignoti nulla cupido* : ergo etc. *conf.* nam thesaurus ante inventionem censetur esse in dominio nullius : igitur sub aestimationem agri, quamdiu ignotus est, venire non potest; quando autem reperitur , invenientis de jure gentium fit , non titulo emptionis , qua comparatus est ager , sed inventionis, qua compararetur dominum thesauri inventi etiam in agro alieno.

158

Quod de thesauro, etiam dicendum de metalli, salis , ac lapidum pretiosorum fodinis in agro latentibus, quas emptor novit esse in fundo, venditor ignorat, ut cum *cit.* notat Molin. *n.* 12. tametsi enim sint pars fundi, quamdiu tamen latent, non augent communem aestimationem fundi , sed hic solum aestimatur juxta utilitatem , et fructus, quos producit in superficie, qui cum majores non sint, quam si nullus lateret thesaurus , inde fit , ut fundus etiam modo pluris non aestimetur , quamvis pluris aestimandus esset , si pretiosa ejus viscera non essent ignota. Procedit hoc etiam in herbis , quae afferuntur vendendae in pabulum jumentorum; licet enim pharmacopola inter illas sciat unam, vel aliquas esse magni pretii ad pharmaca conficienda, in conscientia tamen tutus est, si eo pretio illas comparet, quo communiter venduntur ad jumentorum pabulum, cum peritia ipsius , quod ad alium etiam usum in sua arte, ac ministerio inserviant, sit fructus suae artis. Certe si propter aptitudinem istam ad medicinas deberet augeri pretium a pharmacopola , etiam augeri deberet a sculptore, qui lignum pretio usitato comparat , si ex eo sculpturus sit statuam pretiosam.

159

Dub. 3. utrum emptor venditorem monere debeat de vitio pretii ? Resp. Tripliciter errari maxime circa pretium a venditore potest. 1. si moneta, quae ipsi pro pretio mercis datur, est adulterina, quam ipse putat esse legitimam. 2. si minoris sit pretii, et venditor putet eam esse majoris. 3. si in praesenti valorem, quem venditor concepit, habet, sed paulo post valor iste sit diminuendus, et moneta reducenda ad valorem minorem.

In primo casu certum est, illicite agere emptorem, si talem monetam venditori det in pretium mercis ab eo acceptae: et hoc verum est, etsi ipse emptor circa eam ab alio deceptus fuerit; quia per hoc non acquisivit jus decipiendi alium. *Ratio est*, quia in emptione venditione debet esse aequalitas, quae in casu, quo moneta adulterina solvitur, nulla est. Ex hac ipsa ratione sequitur, quod casu, quo emptor monetam adulterinam in pretium mercis a venditore acceptae solvit, ignorans adulterinam esse, ubi id resciverit, monere de hoc venditorem, et monetam legitimam substituere in conscientia obligetur.

160

In casu secundo non obligatur emptor errorem venditori eximere, modo moneta, quam solvit ex contractu, aequet pretium mercis infimum. Exemplum est: emptio venditio celebratur in loco, ubi imperialis solidus tantum valet florenum, et triginta crucigeros, venditor putat valere duos florenos, et hoc errore ductus paciscitur de solvendo imperiali solido pro merce; hoc casu, si pretium mercis infimum sit florenus, et triginta crucigeri, satisfacit emptor solvendo imperialem solidum, nisi interrogetur. Sumitur a pari; nam ut *n.* 154 dictum est, non tenetur emptor manifestare perfectionem mercis venditori ignotam, nisi interrogetur, modo pro ea exhibeat pretium justum infimum: ergo etiam manifestare defectum monetae non tenebitur, nisi interrogatus, si moneta, quam solvit, constituat pretium justum, quamvis infimum.

161

In tertio casu similiter non obligatur monere emptor venditorem, ut communis DD. habet, et patet ex dictis *supra n.* 112. Quando moneta in uno loco est usualis, et justa, non item in alio, distinguendum est, an usualis, et justa sit in loco, ubi celebratur contractus, an non sit ibi usualis, sed alibi. *Si primum*, satisfacit emptor obligationi justitiae, si talem monetam in pretio, quod mercem adaequet, solvat, quamvis alibi, quo eam venditor deportare cupit, sit rejectanda. Ratio est, quia merx, et pretium aestimantur juxta eum valorem, quem habent in loco, ubi contrahitur, et non alibi, unde advectae sunt merces, vel quo avehetur pretium: igitur sicut venditor non tenetur viliori pretio vendere mercem, quod alibi viliori veneat, ita nec emptor majus pretium solvere, quod alio in loco moneta, quam dat, vilior sit. *Si secundum*, venditor, qui existimaret, monetam in loco contractus usualem esse, quae non est, monendus esset ex obligatione justitiae; quia alias non servaretur aequalitas in contractu, quippe in quo venditor daret mercem, et vicissim non acciperet pretium, aut saltem non aequale merci.

162

Quaeritur 2. quae sit obligatio emptoris circa pretii solutionem? Resp. 1. solvere debet pretium in moneta proba, legitima, et tali, quae in loco, ubi fit solutio, est usualis, ut patet ex dictis *n. praec.*

2. Solvere debet in ea qualitate, et quantitate, de qua convenit, modo in designatione illius non sit commissa injustitia. *Proceditque hoc*, etsi seclusa conventione justum esset pretium etiam in minori quantitate, et alia qualitate; quia pactis conventis stare oportet, ubi justa, et legitima sunt. Atque hinc si convenit de solvendo pretio rigoroso, dari nequit invito creditori medium, vel infimum; et si convenit de auro solvendo, fieri nequit solutio in argento etc.

163

3. Solvere debet eo in loco, iisque expensis, super quibus in contractu expresse, vel tacite convenit. Et quidem, quando explicite designatus est locus solutionis, difficultas esse non potest; quia tunc hoc ipso, quod in contractu, etiam in obligationem locus ille deducitur. Si nullus solutioni destinatus est locus, ea facienda ibi est, ubi merx emptori tradita est, sive emptio ibi sit celebrata, sive non; quia tunc congruentior alius locus assignari non potest, quod vix in alio aeque bene observari aequalitas pretium inter, et mercem possit.

164

4. Solvere debet die illo, qui solutioni in contractu praefixus est: et hoc verum est, quamvis venditor solutionem non urgeat; quia dies interpellat pro homine; *c. fin. de locat. et cond. l. magnam* 12. *C. de contrah. et commit. stipul.* Si nullus praefixus est dies, interest, utrum emptorem venditor pro solutione interpellaverit, vel non; nam *si primum*, statim in mora constituitur emptor; quia notissimi juris est, quod in obligationibus puris, quae appositum certum tempus satisfactionis non habent, praesenti die, et hora, debeatur; §. *omnis* 3. *inst. de V. O. l. eum, qui* 41. *princ. et* §. *quotiens* 1. *ff. eod. l. si dies* 21. *ff. quand. dies legat. ced. Si secundum*, potest emptor solutionem differre, usque dum exigatur, prout colligitur per argumentum a sensu contrario ex *l. magnum cit.* et ratio est, quia eo casu emptor censetur in dilationem consentire. *Excipitur*, si non petat ex ignorantia, timore, impotentia, desperatione obtinendae solutionis, vel alia simili causa; quia tunc praesumptio consensus in dilationem cessat, et cons. statim solvere emptor debet; alias in mora constituetur, ut testo P. Frid. *tr. de empt. vend. n.* 692. communis DD. tradit.

165

5. Si emptor fuerit in mora culpabili solvendi pretium tempore praescripto vel quo exigitur, tenetur perinde, ac venditor, si iste mercem debito tempore non tradat, non tantum de dolo, et culpa lata, sed etiam de levi; *l. custodiam* 3. *et l. si vendita* 11. *ff. de peric. et commod. rei vendit.* Quin si in mora solvendi sit post mercem sibi traditam tenetur ad usuras pretii; *l. Julianus* 13. §. *veniunt* 20. *ff. de act. empt. l. curabit* 5. *et l. fructus* 13. *C. eod.* Dixi *ad usuras*; non vero ad omne lucrum, quod venditori ex mora emptoris cessat, prout statuitur *l. fin. ff. de peric. et commod. rei vend.* Quare satisfaciet emptor praestando usuras quincunces, seu quinque pro centum, licet venditor ex soluto pretio potuisset lucrari decem. Quo titulo imperata sit debitori moroso usurarum solutio, dissident inter se se DD. et horum aliqui cum Covar. *l.* 3. *var. c.* 4. *n.* 3. Fachin. *l.* 2. *cont. c.* 32. Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 368. *n.* 9. Barb. *in l. si mora* 20. *ff. solut. matr. n.* 73. Berlich. *p.* 2. *concl.* 38. *a n.* 13. putant esse compensatorias fructuum: alii cum Rebel. *p.* 2. *de just. l.* 2. *q.* 16. *sect.* 1. *n.* 11. Pal. *tr.* 32. *D.* 5. *p.* 25. *n.* 9. Carpz *p.* 2. *const.* 30. *def.* 6. existimant esse lucrativas, ac statutas in poenam morosi debitoris, ex quo inferunt, ante sententiam judicis eas non deberi. Quidquid sit circa obligationem usurarum per leges *cit.* impositam emptori

166

Certum est 1. si venditor fidem de pretio habet, et solvendi dilationem concedit, absque pacto de dandis usuris, emptorem ad has solvendas tempore solutionis non teneri. Ita cum communi. Covar. *l. cit. n.* 4. *vers. sexto ex his*, et consentit tribunalium praxis. Ratio patet, quia tali casu censetur renuntiare favori sibi per *l. cit.* concesso; 2. *certum est*, posse venditorem, licet moram solvendi concedat pacisci licite de solvendis sibi usuris, usque dum satisfiat solutione pretii: sed hoc non ex alio capite, quam lucri cessantis, damni emergentis, aut periculi de non obtinendo pretio, et hinc justo majores exigere usuras nequit, quam sit ipsum lucrum cessans, damnum emergens et periculum amittendae solutionis. Ita cum Paul. Castr. Decio, Alexandro, Carolo Molinaeo, et aliis tradunt Covar. *l. cit.* Molin. *D.* 368. *n.* 17. Fach. *c.* 32. *vers. verum* quibus ostenditur, quod ex capite lucri cessantis, damni emergentis, et periculi amittendae solutionis possit augeri pretium. DD. qui contrarium tuentur explicari possunt de casu, quo venditori nullum cessat lucrum, nec damnum emergit, nec periculum aliquod notabile imminet amittendi pretii; nam hoc casu certum est usuras a venditore, qui in dilationem solutionis consentit, peti non posse. 3. *Certum est*, si non

intersit venditoris, pretium non fuisse statim solutum, emptorem ipsi etiam vi *l. cit.* non teneri ad praestandas usuras ; quia leges istae usuras ab emptore exigunt praecise ratione ejus, quod venditoris interest. Quando autem istius interest, nisi aliter conventum sit , emptor tantum ad usuras justas, quae apud nos hodie quincunces sunt, obligatur, et hoc verum est, sive venditoris intersit pluris, paucioris; quia hanc quantitatem statuerunt jura ad tollendam incertitudinem , quae ex difficultate probandi id, quantum interest, oritur.

167

Quaeritur 3. cui res vendita intereat, vel deterioretur, emptori, an venditori ? *Certum est,* emptori perire, vel deteriorari, si perit, vel deterior facta est post factam ipsi hujus traditionem, aut postquam per ipsum stetit, quominus traderetur; Gomez *l.* 2. *var. c.* 2. *n.* 32. Less. *l.* 2. *de just. c.* 21. *num.* 95. Pal. *tr.* 32. *D.* 5. *p.* 14. *num.* 1. Pirh. *hic num.* 48. Vviest. *num.* 33. et expresse statuitur *l. lectos* 12. *et l. quod si* 14. *ff. de peric. et comm. rei vendit.* Neque refert, etsi emptor pretium nondum solverit, modo fides de eo habita fuerit , ut praedicti notant: et ratio est , quia per traditionem translatum est dominium in emptorem; res autem domino perit; *l. pignus* 9. *C de pignor. act.*

168

Majus dubium est, quando res empta nondum tradita emptori est, nam tunc illam interire, vel deteriorari venditori multiplex videtur argumentum suadere. 1. Quia tali casu venditor adhuc est dominus rei venditae; *arg. l. traditionibus* 20. *C. de pact.* cum ergo , ut dictum est *n. praec.* res domino suo pereat, eo casu damnum ad venditorem pertinere debebit; 2. *l. si fundus* 33. *vers. nam et si ff. locat.* venditor casu , quo fundus post venditionem perfectam publicatus est, pretium illius restituere jubetur: quod male fieret, si non ad ipsum, sed ad emptorem jactura rei venditae pertineret. 3. *l. si soluturus* 39. *vers. his consequens ff. de solut.* a generali regula , quod periculum pertineat ad venditorem, excipitur casus , quando merx deposita fuit apud eum, quem emptor elegit : et hoc ideo , quia sibi imputare debet, quod talem elegerit: atqui exceptio firmat regulam in casibus non exceptis. 4. *l. quodsi* 14. §. *materia* 1. *ff. de peric. ei commod. rei vend.* Paulus jurisconsultus respondet , quod *materia empta , si furto periisset, postquam tradita esset, emptoris sit periculo; si minus venditoris* 5. *l. lectos* 13. *ff. eod.* ubi idem Paulus, *lectos emptos, ait, - - si traditi essent emptori, aut per eum stetisset, quo minus traderentur, emptoris periculum esse:* igitur per argumentum a contrario, si res empta non est tradita, nec per emptorem stetit, quo minus traderetur, peribit venditori.

169

Sed his non obstantibus, dicendum, si res certa, et determinata, eaque absolute sit vendita, illam casu, quo ante traditionem perit, aut deterior efficitur, modo sine culpa venditoris hoc fiat, et is non fuerit in culpabili mora, interire aut deteriorari emptori, non venditori. Ita aperte decisum habetur §. *cum autem* 3. *inst. h. t. l. quod saepe* 35. §. *si res* 4. *ff. de contr. emp. l. necessario* 8. *pr. ff. et l. post perfectam* 1. *et seq. C. de peric. et comm. rei vendit.* Ratio est, quia aequitati, et rationi naturali omnino congruum est, ut ad quem accessiones, et fructus rei spectant, etiam detrimenta, et damna pertineant; *reg. secundum* 10. *ff. et reg. qui sentit* 15. *in* 6. atqui ad emptorem, etsi nondum tradita sit ipsi res ex emptione debita, tamen fructus, et accessiones illius pertinent, ut *n.* 177. infra dicetur: ergo etc. Ex quo sequitur, etsi res empta apud venditorem, sine culpa tamen ejusdem perierit, et deterior facta sit, emptorem tamen idcirco non absolvi ab obligatione solvendi totum condictum pretium, vel si solvit, non posse idcirco illud repetere; §. *cum autem cit. et l. cum emptor* 5. §. *fin. ff. de rescind. vendit.*

170

Dixi autem, *si res certa*, *eaque absolute sit vendita*, *et intereat sine culpa venditoris*, *regulariter ad emptorem periculum rei venditae pertinere.* Nam plures sunt casus, in quibus periculum rei nondum traditae pertinet ad venditorem.

Et 1. quidem, si contractu expresse conventum fuit, ut periculum ad venditorem spectaret §. *cum autem cit. et l. si in venditione* 10. *ff. de peric. et commod. rei vend.* ubi ejusmodi pactum venditioni adjectum approbatur.

2. Si venditor fuit in mora culpabili tradendi rem venditam; *l. illud* 17. *ff. eod. Excipitur*, nisi constaret, rem eodem modo fuisse perituram, vel deteriorem reddendam apud emptorem, si ei fuisset tradita; item si emptor ipse post moram venditoris, in mora fuisset recipiendi rem emptam a venditore sibi oblatam; tunc enim emptori peribit, quia semper res perit ei, qui ultimo est in mora culpabili; *l. illud cit.*

171

3. Si res vendita, nondum tradita, dolo, vel culpa lata, aut etiam levi venditoris periit, vel deterior facta est, eo quod ille ad custodiam rei venditae non adhibuerit diligentiam exactiorem, h. e. talem, qualem in rebus suis custodiendis adhibere exactiores solent; §. *cum autem cit. l. quod saepe* 35. §. *si res* 4. *ff. de contr. empt. l. venditor* 36. *ff. de act. empt. l. custodiam* 3. *et l. si vendita* 11. *ff. de peric. et commod. rei vend.* quibus juribus statuitur, quod ven-

ditor debeat in re nondum tradita eam diligentiam adhibere, qualem diligens paterf. suis rebus adhibet, ideoque tenetur etiam de culpa levi, non autem de levissima.

4. Si res vendita ante traditionem publicetur, sive confiscetur ob delictum venditoris; *l. si fundus* 33. *ff. locat.* glos. *in* §. *cum autem cit. V. statim.*

5. Si venditor aliquid affirmavit, quo emptor sibi jure persuasit rem diutius duraturam, et in eadem bonitate permansuram et tamen illa ante traditionem mutetur; *l. si vina* 15. *ff. deperic. et com. rei vend.*

172

6. Si res sit vendita sub conditione, et ea pendente, pereat; *l. necessario* 8: *pr. V. et si id ff. locat. et l. cum speciem* 5. *C. eod.* Ratio est, quia ante impletam conditionem non est perfecta venditio, et interitu rei venditae contractus dissolvitur. Aliud dicendum, si res empta adhuc extat, et deterior facta est; nam si hoc contigerit sine culpa venditoris, damnum deteriorationis, quod pendente conditione contigit, spectabit ad emptorem, quod conditione impleta, contractus retrotrahatur ad tempus, quo fuit initus: et hinc sicut si absolute fuisset initus, damnum rei venditae pertinuisset ad emptorem, ita etiam si fuit initus conditionate.

7. Si vinum, aut equus venditus est ad futuram explorationem; nam ante vini degustationem, et equi probationem venditio non censetur esse perfecta, et sic periculum rei nondum ad emptorem pertinet; *l. si vinum* 1. *pr. et l. siquis vina* 4. *pr. et* §. *si aversione* 1. ante *ff. eod.* cons. si interea vinum acuerit, vel equus aliquod vitium contraxerit, damno venditoris contingit.

173

8. Si venditio contrahatur in scriptis, et res casu fortuito pereat, vel deterior fiat, antequam venditio in scriptum redacta sit. Colligitur *arg. l. cum inter* 4. *cod. eod.* a sensu contrario: et ratio eadem est, quae in prioribus; quia ante perfectam, et absolutam scripturam necdum perfecta est venditio.

9. Si vendatur res indeterminata v. g. decem mensurae vini ex certo dolio, quatuor librae piperis ex sacco, viginti modii frumenti ex acervo, septem oves ex grege etc. ob eandem rationem; nam neque hoc casu perfectus esse censetur contractus, sed suspensus est, donec res vendita sit adnumerata, admensa, appensa; *l. quod saepe* 35. §. *in his* 5. *et* §. *sed etsi* 7. *ff. de contr. empt. l. cum convenit* 2. *C. de peric. et commod. rei vend.*

174

10. Si vendatur quidem res determinata, sed alternative v. g. Stichus, vel Pamphilus; tunc enim, si unus eorum moriatur ante

traditionem, venditori perit: si vero uterque, primus perit venditori, alter emptori; *l. si in emptione* 34. §. *si emptio* 6. *ff. de contrah. empt. Ratio est,* quia si uterque adhuc superstes sit, nondum perfecta est venditio ante determinationem disjunctive debitorum; at cum unus periit, alter superstes emptori determinate debetur, cons. etiam periculo illius perit, sicut periculo ipsius vixit. Idemque est in quibuscunque aliis rebus sub disjunctione venditis; sola enim ultima perit emptori, priores vero venditori; Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 366. *n.* 10.

175

Neque contrarium probant argumenta *n.* 168. allata. *Ad* 1. etsi alias casus fortuitus, qui praevideri non potuit, ad dominum rei regulariter spectet juxta *l. pignus* 9. *C. de pignor. act.* quia tamen simul, atque perfectus contractus emptionis venditionis est, emptor actionem personalem ad rem sibi venditam petendam habet, statim fictione juris censebitur fieri ejusdem dominus juxta *reg.* 15. *ff.* ibi, *is, qui actionem habet, --- ipsam rem habere videtur*: cui concordant *l. id apud se* 143. *ff. de V. S. et l. si quis* 28. *in fin. ff. de neg. gest. Ad* 2. distinguendum est inter periculum, seu damnum facti, et juris: periculum, seu damnum facti ad emptorem, juris ad venditorem pertinet: et tale esse dicitur illud, quando a jure impotentia tradendi rem emptam provenit, sicut provenit in casu *l. si fundus alligatae*, ubi fundus est publicatus. *Ad* 3. lex illa non favet adversariis; nam juxta illam emptori perit pretium, quia ipse elegit, apud quem perit; et perit etiam eidem merx; quia contractus est perfectus. *Ad* 4. *lex cit.* non loquitur de re vendita in specie, sed de genere vendito, quo casu, periculum ad venditorem spectat, cum genus non pereat. *Ad* 5. lex loquitur de casu, quo lecti empti relicti a venditore sunt in via publica, et sic culpa ipsius perierunt, quia non fuerunt debito modo custoditi.

176

Quaeritur 4 cui debeantur fructus rei venditae, et nondum traditae? Resp. hic videndum, an de his convenerit inter contrahentes, vel non. *Si convenit*, standum conventione est; *l. qui fundum* 40. §. *fundi* 3. *ff. de contrah. empt. l. Julianus* 13. §. *si fructibus* 10. *ff. de act. empt.*

Si nihil circa fructus a contrahentibus dispositum est, videntur pertinere ad venditorem. 1. Quia quaelibet res fructificat domino suo. Venditor autem ante traditionem adhuc est dominus rei venditae: ergo etc. 2. Contractus emptionis venditionis est mutuus, et reciprocus, quem cum una pars non implet, nec altera implere tenetur.

Ergo si emptor non solvit pretium, ejusque usum, et commodum non concedit, ad quod jure contractus tenebatur, etiam excusabitur venditor a traditione rei venditae, et fructuum ejusdem. 3. Juxta *l. Julianus* 13. §. *offerri* 8. *et* §. *seq. l. qui pendentem* 25. *ff. de act. empt. l curabit* 5. *et l. post perfectam* 16. *C. eod.* non aliter fructus ad emptorem pertinent, quam si et ipse pretium omne persolverit; alias fructibus simul, et pretii commodo frueretur, iisdem privaretur venditor, quod aequitas non patitur.

177

Difficultas solvi ope distinctionis potest. Vel enim nati, et collecti fructus isti sunt ante emptionem venditionem perfectam, quia v. g. venditor noluit eam esse ratam, quousque sibi traderetur pretium, vel post illam perfectam, et absolute contractam. *Si primum*, fructus rei venditae, sicut et periculum ad venditorem pertinet, prout certum est apud omnes. *Si secundum*, distinguunt plerique inter fructus naturales pendentes, et inter non pendentes, sed primum post perfectam venditionem natos. *Priores* ad emptorem spectare communis DD. tradit cum Covar. *l.* 1. *var. c.* 15. *n.* 2. Gomez *tom.* 2. *var. c.* 2. *n.* 11. Molin. *D.* 368. *n.* 13. Rebell. *p.* 2. *de oblig. just. l.* 9. *q.* 16. *n.* 1. Less. *l.* 2. *de just. c.* 21. *n.* 100. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 17. *n.* 17. Card. de Lug. *de J. et J. D.* 26. *num.* 209. Gibalin. *l.* 4. *de negot. art.* 7. *consect.* 2. *n.* 2. Struv. *synt. jur. exercit.* 23. *th.* 103. P. Frider. *de empt. vend. n.* 735. *Ratio est*, quia fructus pendentes sunt pars rei venditae; *l. fructus* 44. *ff. de R. V.* cons. uno, ac indivisibili pretio cum re, cujus sunt fructus, emuntur.

178

Circa *posteriores*, fructus sc. non pendentes, sed post perfectam primum venditionem natos inter se DD. dissident; nam eos, antequam traditio facta sit, et fides de pretio habita, venditori deberi ex rationibus *n.* 176. allatis contendunt Covar. *l.* 1. *var. c.* 15. *n.* 2. *et l.* 3. *c.* 4. *coroll.* 14. Molin. *tr.* 2. *D.* 368. *n.* 8. Rebell. *p.* 2. *de oblig. just. l.* 9. *q.* 16. *a n.* 6. Mynsing. *cent.* 4. *obs.* 56. et alii legistae passim. Sed emptori etiam istos attribuunt Sylv. *V. usura* 2. *q.* 11. Armill. *ibid. n.* 15. Lopez *de contract. c.* 36. *ad* 1. Pal. *tr.* 32. *D.* 5. *p.* 26. *n.* 4. Less. *n.* 109. Laym. *n.* 18. Gibal. *n.* 3. P. Frider. *n.* 739. et communior TT. quos ex legistis cum Fridero, Arnoldo Rath, et aliis sequitur Harpprecht *in* §. 3. *inst. h. tit. n.* 32. etiamsi nec traditio rei venditae facta sit, nec fides de pretio habita: quod colligi videtur ex *l. Julianus* 13. §. *siquid* 18. *ff. et l. fructus* 13. *C. de act. empt.* quae jura fructus emptori attribuunt, nullo facto discrimine inter existentes tempore contractus, et nascituros,

ac inter casum, quo solutum est pretium, aut fides de eo habita, et quo non est habita. Et probat hoc etiam ratio; quia aequitas postulat, ut ad quem rei venditae periculum, et damna spectant, ad eundem etiam pertineant commoda ejusdem, et fructus. Atqui ut ipsi adversarii fatentur, rei emptae, et nondum traditae periculum, et damna ad emptorem spectant: ergo etc. *Conf.* haec ratio: nam ideo periculum, et damna rei venditae spectant ad emptorem, quia haec ipsi debetur, et quamvis reipsa illius ante traditionem nondum effectus sit dominus, tamen fictione juris quasi dominus ejusdem reputatur, cum avocare illam ad libitum suum valeat, hoc autem probat etiam commoda illius, ac fructus ad emptorem spectare: ergo etc.

179

Quod de fructibus naturalibus dictum est, etiam dicendum de civilibus, ut sunt pensiones aedium, hortorum, praediorum etc. Sed cum aliqua distinctione: vel enim res, e. g. aedes locatae sunt post venditionem perfectam a venditore, vel ante illam, ita tamen, ut post eam adhuc duret locatio. *Si primum*, pensiones ex illa re integrae debentur emptori; *l. Julianus* 13. §. *item si quid* 13. *ff. de act. empt. Si secundum*, merces locationis pro rata temporis dividenda est inter emptorem, et venditorem: et ea pars, quae respondet tempori ante venditionem, est venditoris: quae vero respondet tempori venditionem consequenti, debetur emptori *arg. l. Julianus* §. *item cit.* Idem dicendum est de pensione, quae debetur ex fructibus; nam si omnes collecti sunt post venditionem, tota pensio emptoris erit; si omnes ante venditionem, tota cedet venditori; si partim ante, partim post venditionem, dividenda est pensio pro rata fructuum perceptorum.

180

Excipitur venditio, qua fiscus vendit rem alteri locatam; tunc enim emptoris est tota pensio, cujus solvendae dies nondum advenerat, etsi conductor ex re locata perceperit partem fructuum ante venditionem; *l. fin. ff. de jur. fisc.* quod privilegium, cum speciale sit, ad alios emptores extendi non debet. E contrario is, qui emit a fisco, tenetur stare contractu locationis, quo fiscus ad modicum tempus rem locavit, ut tradit communis DD. In quo iterum est dispar ratio ementis a fisco, et aliorum emptorum, ac successorum particularium; hi enim non obligantur colono, aut alteri conductori servare locationem a venditore factam; *l. emptorem* 9. *C. de locat. et l. si merces* 25. §. *fundum* 1. *ff. eod.* nisi in triplici casu. 1. Quando res vendita fuit ea conditione, ut emptor staret locatione venditoris; *l. emptorem cit.* 2. Si locata fuerit res ad decennium; *arg. l. prae-*

tor 1. §. *quod ait* 3. *ff. de superficieb.* 3. Si res locata conductori obligata sit ad securitatem generali, aut speciali hypotheca.

181

Neque obstant argumenta *n.* 176. allata. *Ad* 1. quaelibet res fructificat domino suo, cum alteri non est debita; secus vero, si alteri debita sit ; nam eo casu sicut debita est, sic etiam illius fructus ei debentur. *Ad* 2. ex hoc , quod contractus emptionis venditionis sit reciprocus, ac proinde emptori , nolenti solvere pretium , neque venditor teneatur tradere mercem, non sequitur, quod emptori non debeantur fructus ; sunt enim debiti , sed tradendi tum primum, cum iste se paratum ad pretium solvendum ostenderit. *Ad* 3. ex iis legibus solum probatur , quod interea , dum pretium solvat emptor, pignoris loco et mercem, et fructus illius retinere venditor possit. Quodsi merx jam tradita est, ne inde damnum patiatur venditor, sufficienter cautum per hoc est, quod emptor, moram in solvendo faciens , obligetur venditori ad satisfaciendum damnis provenientibus ex dilatione solutionis.

182

Quaeritur 5. ad quem pertineant accessiones rei venditae? Resp. distinguendo : vel enim talia sunt, ut solum accedant rei venditae per accidens, ita, ut nec artis, nec hominum destinatione ad se invicem ordinata, et connexa , sed simulate mere extrinseca simul posita sint ; vel contra talia , ut per modum partis , aut complementi, vel necessariae cujusdam sequelae, et effectus conjungantur, et unum quodammodo per se, in communi saltem sensu, et aestimatione efficiant, neque per se singula stent , sed per connexionem unum sit quid alterius, ita, ut uno posito, vel ablato, alterum necessaria quadam consecutione vel physica , vel morali poni , vel tolli debeat. *Priora* non censentur hoc ipso vendita , quando res , cui accedunt , est vendita ; censentur autem, nisi aliter conventum sit, cum re vendita illa , quae sunt accessoria *posterioris* generis : nam haec proprie accessoria sunt; ac proinde in his solis locum habet generalis, et recepta regula, quam *l. cum aurum* 19. §. *perveniamus* 13. *ff. de aur. arg.* Ulpianus tradit , ibi , *accessio cedit principali.*

183

Ex quo sequitur 1. emptori domus cum domo empta cedere etiam , quae terrae , parietibus, et muris affixa, instructa , injecta sunt, *alles*, *das erd-nied-und-nagl-vest ist*, si tamen ita terrae , vel muris affixa sunt, ut propter aedes sint , et extra illas , ac seorsim utilitatem non afferant; nam cistae, gutturnia, lecticae, candelabra, picturae etc. tametsi clavis parieti affixae sint, quia extra aedes, et

seorsim utilitatem habent, non cedunt aedibus; *l. fundi* 17. §. *reticuli* 4. *ff. de action. empt.*

2. Cum fundo debentur emptori instrumenta authentica litterarum, ad fundum pertinentia, quibus videlicet fundi jura declarantur : et quidem, ut Salycet. *in l.* 24. *C. de fideicomm.* cum aliis notat, exhiberi illa debent in originali, nisi venditoris intersit retinere originalia, puta, quia tenetur de periculo evictionis ; nam hoc casu sufficeret , si copia describendi fiat ; gloss. *in l. Titius* 48. *ff. de act. empt.* Coler. *p.* 2. *decis.* 224. *n.* 1. Schneidevvin. *in* §. 28. *inst. de action. rubr. de act. empt. n.* 39. P. Friderich. *tr. de empt. vend. n.* 787.

3. Vendito castro ad emptorem transeunt etiam jura annexa castro, et ipsum etiam jus patronatus, ita tamen, ut intuitu istius juris pretium augeri nequeat ; quia alias censeretur vendi ipsum jus patronatus, quod fieri non potest, cum sit spirituale, vel saltem spirituali annexum, ut contra Garc. *p.* 5. *de benef. cap.* 9. *n.* 55. communis DD. notat.

4. Qui vendit ovem , vaccam , equam etc. simul etiam vendit foetum editum, si is a lacte nondum depulsus sit : secus, si jam depulsus a lacte sit; tunc enim censetur per se subsistere, et non amplius accessorie adhaerere matri, ut in casu priore; Gomez *tom.* 2. 2. *var. c.* 2. *a n.* 12. cum aliis.

5. Equo vendito, etiam emptoris fit ejusdem paratus, et ornamenta, ut fraenum, ephippium, phalerae, dorsuale stratum etc. si in ipsa venditione iis ornatus fuerit, sive eo animo imposita, ut sic ornatus inspiceretur, sive alia ex causa; secus, si jumentum nondum ostensum fuerit; *l. aediles* 38. *prin. ff. de aedil. aedict.* Ratio est, quia in priore casu ornamenta illa sunt accessiones jumenti venditi, non item in posteriore. Plura vide apud P. Friderich. *n.* 775.

§. VIII.

De laesione in contractu emptionis venditionis, et hujus remediis.

SUMMARIUM

184

Quaeritur 1. an in rerum venditione contrahentes se mutuo circumvenire valeant? Putarunt DD. aliqui, in hac, si laesio sit infra dimidium justi pretii, licite contrahentes se invicem posse laedere, inducti duplici textu juris civilis, quorum *primus est in l. causae* 16. §. *idem Pomponius* 4. *ff. de minor. ubi.* JCtus ait, *in pretio emptionis, et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire. Alter* est *l. item si pretio* 22. §. *quemadmodum* 3. *ff. locat.* ubi Paulus juriconsultus, *quemadmodum*, inquit, *in emendo, et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque, et conductionibus juris est.*

185

Verum haec sententia repugnat; 1. sanae theologiae principiis, juxta quae is, qui alterum in pretio, etiam infra dimidium, graviter laesit, ad restitutionem residui in conscientia indubitate obli-

gatur; 2. adversatur praeceptis juris divini, per Apostolum promulgati, dum 1. *thess. c. 4. v. 6.* ait: *ne quis supergrediatur, et circumveniat in negotio fratrem suum, quoniam vindex est Dominus.* 3. est contra insitam a natura nostris mentibus legem charitatis, et justitiae, exposcentis, ut in contractibus observemus aequalitatem, exhibendo pro re empta justum pretium. Ut adeo merito s. Aug. *l.* 13. *de Trin. c.* 3. dicat, utrumque vitium esse, velle vili emere, et care vendere, sive pro re minus, quam valet, dare, aut justo valore plus accipere.

186

Neque obstant textus allati in contrarium; quia in his quae sunt de peccato vitando, si hoc jura civilia approbent, curari non debent. Deinde, ut bene notat Pal. *tr.* 32. *D.* 5. *p.* 17. §. 2. *n.* 4. Brunnem. *in l. causae cit. n.* 11. *et duob. seq.* Haun. *tom.* 4. *de just. tr.* 10. *n.* 162. Pirh. *hic n.* 26. Vviest. *n.* 55. intelligi hi textus possunt, non quod ejusmodi circumventionem tanquam licitam approbent, sed quod ad pacem, et tranquillitatem in humana societate facilius conservandam, et avertendam litium multitudinem venditori, infra dimidium justi pretii laeso, non concedant actionem adversus emptorem, a quo sic laesus est: et hoc dicti textus non tam statuunt, quam supponunt, tanquam jure naturali secundario, h. e. gentium introductum; nam ut Brunnem. Haun. Vviest. *l. cit.* advertunt, vix ulla, et fortasse nulla gens est, quae ob quamvis, etiam minimam laesionem in pretio ad eam emendandam conventionem judicialem dedit.

187

Quaeritur 2. an, et quo remedio succurratur venditori, quando is in venditione ab emptore laesus est? Videtur, non mereri aliquod remedium, quo ipsi succurratur; quia, ut sumitur ex *l. quisquis* 15. *C. de rescind. vend.* rei suae valorem praesumitur scire, ac proinde, si eandem, nulla cogente necessitate, nec vi, aut metu ad hoc coactus minore pretio vendat id, quod justo pretio deest, donare censetur, atqui is, qui rem suam minori, quam valet, pretio vendit animo donandi, quod deest, si ad contractus rescissionem agat, non auditur; *l. si quis* 38. junct. gloss. *marg. ff. de contrah. empt.* ergo etc.

Sed distinguendum inter laesiones, an sit infra dimidium justi pretii, an vero ultra dimidium. *Si sit infra dimidium justi pretii*, emptor quidem, si graviter laesit venditorem, ad pretii defectum supplendum sub gravi cogitur, prout habet certa TT. sententia. Venditio tamen valida est, nec propterea laeso venditori aut ad contractus rescissionem, aut ad supplementum defectus pretii actio datur; *arg.*

l. in causae 16. §. *idem Pomponius* 4. *ff. de minor. l. item si pretio* 22. §. *quemadmodum* 3. *ff. locat.* et statuitur *l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vendit.* idque merito, ut contractus inter homines majore fiducia celebrarentur, et evitaretur frequentia litium, quae reip. plurimum noxia esse consuevit.

188

Dixi, *non dari laeso actionem*; nam etsi convenire laedentem coram judice sic laesus nequeat, permissa tamen ipsi est denuntiatio evangelica, ut judex ecclesiasticus deceptorem, vel alium quemvis sic laedentem compellat ad resarcitionem damni, cum juri naturali, et divino contrarium sit aliquem locupletari cum injuria, vel damno alterius. Imo non desunt casus, in quo venditori laeso infra dimidium etiam competit actio proprie dicta. Et talis est 1. si laesio proveniat ex fraude, seu dolo; nam eo casu actione doli petere potest, ut vel rescindatur contractus, vel suppleatur defectus pretii; *l. Julianus* 13. §. *si venditor* 4. *et* §. *idem Julianus* 6. *ff. de act. empt.* Covar. *l.* 2. *var. c.* 4. *n.* 11. Salas *tr. de empt. dub.* 27. *n.* 7. Pal. *p.* 17. *cit.* §. 3. *n.* 2. 2. si pretium lege taxatum est, quia tunc non quaeritur de laesione, sed de transgressione legis, qua pretium merci statutum est; pertinet autem ad judicem, ut compellat observari leges: igitur eo casu laesus petere ab eo satisfactionem actione instituta poterit; Covar. *n.* 11. *cit.* Salas *n.* 5. Pal. *n.* 3. 3. ut quidam volunt, si laesio intra dimidium contingat in contractu per procuratorem celebrato. Sed longe verius est actionem eo casu non dari laeso, nisi dolo procuratoris, vel emptoris id factum sit; quia nuspiam habetur ob laesionem intra dimidium a procuratore factam contractum rescindi; Pinell. *ad t.* 2. *C. de rescind. vendit. p.* 2. *c.* 1. *n.* 15. Fachin. *l.* 2. *contr. c.* 29. *post princ.* Pal. §. 3. *cit. n.* 5. 4. si laesio infra dimidium contingat in aestimatione dotis: quod Pinell. *in l. cit. p.* 1. *c.* 1. *n.* 9. *et* 18. Fach. *c.* 29. *cit. post med.* Pal. *n.* 6. deducunt ex *l. jure succursum* 6. §. *fin. et l. si res aestimata* 12. §. *si mulier* 1. *ff. de jur. dot. l. si circumscripta* 6. *ff. solut. matr.* quibus juribus conceditur actio ad reparandam inaequalitatem, neque exigitur, ut laesio sit ultra dimidium justi pretii. 5. si minor 25. annis intra dimidium in contractu deceptus fuerit; nam huic competit restitutio in integrum ratione minoris aetatis; *tot. tit. ff. de minor. et cod. de integr. restit.*

189

Quodsi laesio contigit ultra dimidium justi pretii, i. e. nec dimidiam partem ejus, quod justum pretium mercis tempore contractus fuit, accepit venditor, contractus quidem etiam hoc casu valet. Venditor tamen laesus agere adversus emptorem potest, ut vel re-

scissa venditione, rem venditam restituat, vel justi pretii defectum suppleat, prout ipse emptor maluerit. Ita statutum habetur *c. cum dilecti* 3. *et c. cum causa* 6. *h. tit. l. rem majoris* 2. *C. de rescind.* Proceditque hoc, cujuscunque aetatis fuerit laesus, et in quacunque conditione, locumque habet, etsi bona fide utrimque celebrata emptio venditio fuerit, nec dolus, vel fraus ulla intervenerit: quo distinguitur laesio ultra dimidium facta ab ea, quae facta est infra dimidium, ex qua tantum actio datur in casibus *n. praec.* exceptis, in aliis negatur.

Dixi, *prout ipse emptor maluerit*; nam electio hoc casu est emptoris, utrum malit rescindi contractum, et recipere pretium, an vero contractum valere, et addere supplementum, ut ex textibus *cit.* constat, et cum aliis recte observat Pirh. *n.* 22. *et* 23. *hic.* Ratio est, quia emptor, qui decepit solvendo minus ultra dimidium, quam res valebat, est debitor; *electio* autem *in alternativis est debitoris, et sufficit alterutrum adimplere*, ut dicitur *reg.* 70. *in* 6. sicut e converso electio est venditoris, si deceptus sit emptor; *l. rem majoris cit.* junct. gloss. *V. elegerit.*

190

Neque obstat ratio dubitandi *n.* 187. allata; nam praesumptioni, quae est de scientia valoris rei suae, praevalet alia praesumptio, qua nemo censetur facile jactare rem suam; *c. cum de indebito* 25. *ff. de probat.* igitur nisi animus donandi excessum pretii aut expressis indicetur verbis, aut ex circumstantiis colligatur, v. g. quod emptor consanguineus, vel amicus singularis venditoris sit, animus donandi praesumetur abesse in eo, qui rem suam a se vendi asserit: et hinc si minore pretio vendat, censebitur magis pretium rei sic venditae ignorasse; Abb. *in c. cum causa cit. n.* 6. Covar. *l.* 2. *var. c.* 4. *n.* 2. Menoch. *l.* 6. *praesumpt.* 23. *n.* 36. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 17. *n.* 6. Pirh. *hic n.* 24. Vviest. *n.* 59.

191

Quaeritur 3. an etiam emptori, si a venditore laesus sit ultra dimidium justi pretii, hoc remedium jura concedant? *Ratio dubitandi est* 1. quia textus *n.* 189. *cit.* tantum loquuntur de laesis venditoribus. 2. Jure veteri inspecto ne quidem venditori decepto succurrendum esset: igitur cum jura antiqua per novum jus tantum correcta fuerint quoad venditorem, id extendendum non erit ad emptorem. 3. non est eadem ratio subveniendi emptori, qui plerumque ultro ad emendum accedit, quae venditori, quem plerumque rei familiaris necessitas cogit pretio minore vendere. 4. nihil causae est, cur emptoris misereamur, cum hujus stultitiae imputandum sit, quod carius emerit; *l. alienus* 61. *ff. ad leg. falcid.*

192

Sed adhuc dicendum, etiam emptorem tali casu debere restitui, ita, ut vel rescindendus sit contractus, vel justum pretium supplendum pro arbitrio venditoris, qui laesus est; Abb. *in c. cum dilecti* 3. *h. tit. n.* 2. Pinell. *in l.* 2. *C. de rescind. vend. p.* 1. *c.* 2. *et* 3. Gutier. *l.* 2. *pract. q.* 123. *n.* 2. Molin. *tr.* 2. *D.* 349. *n.* 1. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 17. *n.* 6. *vers at vero circa fin.* Pal. *tr.* 32. *D.* 5. *p.* 17. §. 4. *n.* 2. P. Pirh. *n.* 25. *hic*, Zoes. *n.* 16. P. Engl *n.* 15. P. Konig *n.* 44. P. Vviest. *n.* 60. *ibid.* P. Friderich. *tr. de empt. n.* 905. et colligitur *arg. c. cum dilecti*, *c. cum causa*, *et l. rem majoris cit.* quamvis enim in his textibus mentio tantum fiat de venditoribus laesis, tamen aequitas, et aequalitas, quae inter contrahentes servari debet, merito postulat, ut etiam emptori ultra dimidium laeso per idem remedium succurratur; ne contractus ex una parte claudicet.

193

Atque hinc cadit *prima ratio dubitandi* in contrarium: nam venditor, et emptor sunt correlativa; in correlativis autem, quod de uno disponitur, etiam extendi debet ad alterum; *l. fin. C. de indict. viduit.* saltem cum eadem est utriusque ratio; est autem eadem in emptore, quae in venditore ultra dimidium laeso, imo major in illo, quam in isto, cum ille rem suam vendat, iste emat rem alienam; veri autem valoris rei alienae, quam suae tolerabilior ignorantia est; *arg. l. quisquis cit.* ibi, *familiaris rei scire vires, vel merita, atque emolumenta ante debuerat. Ad* 2. longe probabilius est, quod etiam jure antiquo subventum fuerit venditori, ut bene ostendit Harpprecht *in fin. inst. h. tit. n.* 90. *et seq.* idque ipsa aequitas naturalis postulabat, ut indicant impp. *l rem majoris cit. Ad* 3. innumeri vendunt, nulla cogente necessitate domestica, sed utilitatis solum, et quaestus causa: contra non pauci emunt, ad id necessitate inducti. *Ad* 4. id longe majori jure de venditore dici potest, cum ut paulo antea dictum est, pronius sit ignorari valorem rei alienae, quam propriae.

194

Quaeritur 4. quando ultra dimidium laesus censeatur emptor, vel venditor? Omnes conveniunt, laesionem ultra dimidium ex parte venditoris contingere, si rem, quae valet 100. fl. vendat 49. vel minoris, non autem, si 50. vel pluris: et patet ex *l. rem majoris cit.*

Major est controversia de emptore; gloss. *in l. rem majoris cit. V. judicis*, *vers. sed quae est haec dimidia*, Covar. *l.* 2. *var. c.* 3. *n.* 8. Gomez *tom.* 2. *var. c.* 2. *n.* 22. Gutier. *pract. l.* 2. *q.* 133.

Molin. *tr.* 2. *D.* 349. *n.* 1. Less. *l.* 2. *c.* 21. *n.* 20. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 17. *n.* 7. Pal. *tr.* 32. *D.* 5. *p.* 17. §. 1. *n.* 3. P. Pirh. *hic n.* 25. P. Reiffenstuel *ibid. a n.* 336. P. Friderich *tr. de empt. vend. n.* 914. P. Schmier *tr. de pact. et contr. c.* 2. *n.* 234. *et seq.* et non pauci alii DD. praesertim TT. et canonistae hispani putant emptorem tunc ultra dimidium censeri laesum , et cons. agere ad rescissionem contractus , vel restitutionem excessus pretii posse, quando pro re , cujus justum pretium erant floreni ad summum 50. ipse exsolvit plusquam 75. *Ratio* ipsorum principalis est; quia in contractu reciproco, qualis etiam venditio est, servanda aequalitas est, et quidem arithmetica, seu absoluta inter contrahentes, cum par sit utriusque ratio: haec autem non servaretur, si venditori, qui pro re valente 100. accepit minus , quam 50. daretur actio ad rescindendam venditionem , vel excessum pretii petendum , et non daretur hoc beneficium emptori, qui pro re valente tantum 50. expendit plusquam 75. ergo etc. *Conf.* laesio emptoris desumi debet ex pretio, quod emptor dedit , et laesio venditoris ex pretio, quod accipere ipse debuit: igitur sicut venditor, si accepit minus , quam dimidium justi pretii, quod accipere debuit, laesus censetur ultra dimidium, ita et emptor, si dedit plus, quam dimidium justi pretii pro re empta , quam dare debuit.

195

Sed quamvis haec sententia aequitati sit maxime consentanea , accuratius tamen rem pervestiganti non iniqua videri potest contraria Cujacii *l.* 16. *obs. c.* 18. Abb. *in c. cum dilecti* 3. *hoc tit. n.* 2. Pinell. *in l. rem majoris cit. par.* 1. *lib.* 2. *cap.* 2. *n.* 6. Fachin. *lib.* 2. *contr. cap.* 16. Perez *C. de rescind. vend. num.* 8. Fab. *de error. pragm. de ead.* 8. *error.* 7. *num.* 7. Vvading. *de contract. D.* 7. *dub.* 4. §. 4. *n.* 2. Zoef. *ad ff. de rescind. vendit. n.* 6. Lauterb. *ibidem* §. 10. Echold. §. 1. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 243. Vall. §. 3. *hic n.* 1. Konig *ibidem n.* 44. et non obscure favet P. Vviest. *hic n.* 62. et hoc teste Jurisconsulti, praesertim germani , juxta quos , ut emptor ex titulo laesionis ultra dimidium possit agere adversus venditorem , requiritur, ut duplo plus solverit , quam solvere debuerat v. g. pro re valente 50. solverit plus , quam 100.

Rationem afferunt satis claram , et solidam ; quia tunc solum laeso succurritur , quando plus , quam duplum dedit, minus, quam dimidium accepit : hoc autem contingit in venditore, si mercem valentem 100. vendat infra 50. in emptore autem , si in rem , quae tantum valet 50. expendat plus , quam 100. ergo etc. *Conf.* 1. quia laesionis magnitudo in emptione , et venditione desumi debet , facta comparatione dati , et accepti , ita , ut infra dimidium dunta-

xat laesus censeri debeat, qui ejus, quod dedit, plus, quam mediam partem accepit, ultra dimidium autem, si accepit minus, quam mediam partem ejus, quod dedit: igitur si emptor accepit rem, cujus summum pretium sunt 50. ut laesus censeatur ultra dimidium, debuit pro illa expendisse plus, quam 100. quia tunc solum plus dimidio minus accepit, quam dedit: *Conf.* 2. ut venditor ultra dimidium censeatur laesus, debuit res ab ipso vendita duplo plus valere, quam pretium acceptum, quod fit, si pro re valente 100. accipiat minus, quam 50. igitur etiam ut emptor laesus existimetur ultra dimidium, necessarium erit, ut pretium duplo excedat valorem rei emptae, quod non fit, nisi pro re valente solum 50. expenderit plus, quam 100: nam res ipsa, quam accepit, supplet 50.

196

Ad rationem adversae sententiae: etsi emptor plus laedi possit materialiter, non tamen plus laedi potest formaliter; uterque enim tunc laesus censetur ultra dimidium, quando dati minus, quam dimidium accepit, ut cum Layman. *l.* 3. *tr.* 4. *cap.* 17. *num.* 6. observat Haun. *n.* 243. *cit. vers. ut autem.* Neque obstat, quod alias justitia commutativa exigat, ut inter contrahentes servetur aequalitas etiam materialis; nam hoc est solum in ordine ad obligationem conscientiae, non vero ad actionem dandam in foro externo, ubi jura permittentia rescissionem laesis ultra dimidium, et negantia laesis infra dimidium non ita spectarunt privatorum contrahentium substantiam, quam bonum reipub. a cujus curiis nimiam litium frequentiam arcere praecipue intenderunt, qui finis per contrariam sententiam minus obtinetur, cum facilius quis inducatur, ut rem valentem 50. quis emat florenis plus, quam 75. quam ut valentem 100. vendat infra 50. *Ad conf.* patet ex dictis; nam laesio desumi debet non tantum ex dato, sed ex hoc comparato cum accepto.

197

Quaeritur 5. quibus casibus remedium hoc actionis ad rescissionem contractus, vel supplementum pretii refundendum ultra dimidium laesis non concedatur? Resp. quatuor potissimum enumerari casus: 1. quando beneficio huic quis renuntiavit non tantum generaliter, sed specialiter, et expresse, praesertim accedente juramento; Covar. *lib.* 2. *var. cap.* 4. *n.* 1. Molin. *tr.* 2. *D.* 349. *n.* 16. *et* 17. Gutier. *de juram. par.* 1. *cap.* 26. *n.* 2. Pirh. *hic n.* 28. Engl. *n.* 18. Konig *n.* 44. *V. verum.* Wiest. *n.* 65. Friderich *n.* 952. et colligitur ex *l. quaeritur* 14. §. *si venditor* 9. *ff. de aedilit. edict.* ubi actiones suas remittentibus regressus ad illas expresse negatur. *Ratio est*, quia juri, et favori pro se prin-

cipaliter introducto quilibet renuntiare potest; *c. si de terra* 6. *de privil. et l. siquis* 29. *cod. de pact.* et servandum est omne juramentum, quod in salutis dispendium, et alterius detrimentum non redundat; *c. cum contingat* 28. *de jure jur. et c. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *Excipitur*, si laesio sit gravissima, seu valde enormis; ea enim sub renuntiatione, etiam speciali, et jurata, non comprehenditur, cum dolus eidem causam dedisse censeatur; Covar. *n.* 5. Gutier. *n.* 7. P. Friderich *n.* 935. P. Pirh. P. Vviest. *l. citt.*

198

2. Si defectum venditor, vel excessum pretii emptor donet; *arg. l. in re mandata* 21. *cod. mandat.* estque hoc omnino certum. Sed dubium est, quantum censeatur donatum, quando contrahens alteri contrahenti dicit, *Id, quod res pluris valet, dono*? Existimant aliqui donatum censeri etiam defectum pretii plusquam dimidii, sed alii verius censent donatum his verbis duntaxat defectum pretii modicum, et qui dimidium non excedat; quia dictione *quod pluris* denotatur solum modica, non quaecunque quantitas, ut dicitur *l. haec adjectio* 191. *ff. de V. S.* Hinc ut etiam dimidii pretii defectus a venditore, et ejus excessus ab emptore censeatur donatus, necessarium erit, ut donans habuerit justi pretii notitiam, nulla vi, metu, aut necessitate ad hoc sit coactus, et donati quantitatem, vel specifice, vel saltem generaliter expresserit his verbis; *quantuscunque ejus defectus sit etc.* vel aliis similibus; Abb. *in c.* 6. *h. tit. n.* 5. P. Vviest. *n.* 66. et hoc teste comm.

199

3. Si res empta casu fortuito perempta sit; Covar. *l.* 2. *var. c.* 4. *n.* 14. Gomez. *l.* 2. *var. c.* 2. *n.* 22. Pinell. *p.* 2. *c.* 1. *n.* 36. Molin. *tr.* 2. *D.* 349. *n.* 6. Fachin. *lib.* 2. *contr. c.* 18. P. Pirh. *hic n.* 28. P. Vviest. *n.* 67. P. Friderich *n.* 958. *et seqq.* Colligitur ex *l. si res* 12. §. *si mulier* 1. *ff. de jur. dot.* ubi dicitur mulierem non posse agere contra maritum in causa dotis, ut justa sibi aestimatio concedatur, si res perempta fuerit: igitur a fortiori non poterit contra emptorem agere venditor; hujus enim causa non est tam favorabilis, quam est causa dotis. *Ratio est*, quia re perempta per casum fortuitum, cessat optio rescindendi contractum, vel solvendi defectum pretii: igitur etiam cessat actio, quae ex *l. rem majoris* 2. *cod. de rescind. vendit.* oritur, et potius sibi laesus imputare debet, quod laedentem non convenerit, cum re adhuc extante, locus erat actioni.

200

4. Non potest hoc remedium rescissionis intentari contra tertium rei possessorem, quando is acquisivit eam titulo oneroso, ac

justo pretio, et bona fide. Ita post Bart. ac Bald. *in l. rem majoris citt.* communis DD. apud Covar. *l. 2. var. c.* 3. *num.* 10. *concl.* 2. Ratio patet; quia nec ratione laesionis conveniri talis emptor potest, cum ipse non laeserit; nec ratione rei acceptae, quippe quam justo titulo comparavit, suamque fecit. Aliud dicendum, si tertius illam acquisivit titulo lucrativo, vel sciens, quod infra dimidium justi pretii empta fuerit; tunc enim adversus tertium possessorem agi potest in defectum primi emptoris, ut vel rem emptam restituat, vel defectum pretii suppleat; Covar. *c.* 3. *cit. n.* 10. Molin. *D.* 349. *cit. n.* 4. *et* 5. P. Pirh. *hic num.* 28. *in fin.* P. Friderich *n.* 965. *et duob. seqq.*

201

Quaeritur 6. quomodo laeso ultra dimidium satisfaciendum sit? Resp. Tria sunt attendenda.

Primum est, quod cum a laedente satisfactio, et supplementum pretii petitur, ut conveniri quoad hoc emptor possit a venditore, debeat laesio contigisse ultra dimidium justi pretii infimi; ut vero contra ab emptore conveniri venditor possit, debeat considerari pretium summum; Covar. *l. 2. var. c.* 3. *num.* 3. Pal. *tr.* 32. *D.* 5. *p.* 17. §. 1. *num.* 5. cum Molin. Pirh. *l. citt.* Et hinc si pretium rei venditae medium sint 100. fl. infimum 95. non censetur ultra dimidium laesus venditor, qui pro ea accepit 49. Similiter neque emptor censebitur laesus ultra dimidium, si pro re, cujus pretium medium sunt 50. summum 55. dedit 101. quia secundum fundamenta *num.* 195. posita debet duplo plus dedisse; quam sit pretium rei summum.

202

2. In hac restitutione attendi debet justum pretium rei venditae, quod illa habuit tempore, quo celebratus fuit contractus quanti sc. res eo tempore valuit, et non quanti postea valuit; *c. cum causa* 6. *hoc tit.* ibi *venditionis tempore*, *et l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vendit.* Molin. *tr.* 2. *D.* 349. *num.* 3. Pirh. *hic n.* 27. et alii communiter.

3. Non sufficit, si emptor, qui laesit, solum velit restituere, quantum defuit medietati justi pretii, e. gr. si postquam emit 40. fl. rem, quae valet 100. velit adjicere 10. ad excludendam laesionem ultra dimidium; sed opus est, ut integrum pretium reddat, nempe in casu dato 60. vel ut rem emptam restituat, ut colligitur ex *c. cum dilecti* 3. *et c. cum causa* 6. *h. tit. et l. rem majoris* 2. ibi: *Quod deest justo pretio. cod. de rescind. vendit.* Et idem dicendum est de venditore; Canis. *in c. cum dilecti cit.*

num. 10. Gomez. *tom.* 2. *var. c.* 2. *num.* 22. Pal. *tract.* 32. *D.* 5. *par.* 17. §. 13. *num.* 1. P. Pirh. *loc.* P. Friderich *num.* 970.

203

Dubium est, utrum si emptor laedens eligat rescindere contractum, et rem emptam restituere, debeat illam simul cum fructibus perceptis restituere? *Certum est*, ad hoc teneri emptorem malae fidei; imo hic non ad fructus tantum restituendos obligatur, sed etiam ad id, quod venditoris interest, deceptum non esse.

De emptore bonae fidei gravis est controversia apud DD. nam eum ad fructus restituendos obligant Salycet. *in l.* 2. *C. de rescind. vendit. n.* 5. Covar. *l.* 2. *var. c.* 3. *n.* 9. Menchaca *l.* 3. *contr. usuf. c.* 71. *n.* 2. *et seq.* Greg. Lop. *l.* 56. *t.* 5. *p.* 5. et alii apud Pal. §. 13. *cit. n.* 2. Fundantur 1. *l. cum proponas* 1. *C. si major. fact. alien.* ubi dicitur in arbitrio emptoris laedentis esse, an velit possessionem restituere cum fructibus: 2. *l. cum autem* 23. §. *fin. ff. de aedil. edict. l. imperator* 16. *ff. de in diem addict. l. fundo* 5. *ff. de leg. commiss.* quibus, et aliis legibus dicitur res restituenda cum fructibus, quando contractus rescinditur ex causa, quae inerat tempore contractus, sed cum rescinditur venditio ob laesionem ultra dimidium, rescinditur ex causa, quae tempore contractus inerat: ergo etc. 3. *l. videamus* 19. *ff. de usur.* ubi patronus revocavit alienata a liberto in fraudem legitimae sibi debitae, et restituitur res una cum fructibus: atqui patronus venditori aequiparatur: 4. si minor per contractum laesus sit ultra dimidium, restituitur cum fructibus; *l. patri* 27. §. *si pecuniam* 1. *vers. item ex diverso ff. de minor.*

204

Sed probabilius hoc casu non est obligatio restituendi fructus interim perceptos, ut cum Ant. Butr. Imol. Burgens. Sylv. docent Pinell. *par.* 2. *c.* 4. *n.* 1. Gomez sibi contrarius *to.* 2. *var. c.* 2. *n.* 24. *et c.* 4. *n.* 21. Fach. *l.* 2. *contr. c.* 24. Gutier *l.* 2. *qq. pract. q.* 134. Molin. *tr.* 2. *D.* 349. *n.* 12. Les. *l.* 2. *c.* 21. *n.* 122. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 17. *n.* 8. Pall. *tr.* 32. *D.* 5. *p.* 17. §. 13. *n.* 3. Pirh. *hic n.* 27. *not.* 4. Engl. *n.* 17. Frider. *n.* 971. Colligitur ex *c. ad nostram* 11. *de reb. eccles. non alien.* ubi rem ecclesiae alienatam infra dimidium justi pretii jussus est emptor restituere, sed fructus eidem relicti sunt. *Ratio est*, quia venditio talis, et emptio etsi infirma sit, valida tamen est; cons. per traditionem transfert dominium rei emptae in emptorem, qui proinde fructus illius percipit titulo dominii, tanquam ex re sua. *Conf.* nam tali casu periculum rei venditae ad emptorem pertinet: ergo et commoda, seu fructus, praesertim cum etiam venditor fruatur commodo pretii numerati.

205

Neque obstant argumenta sententiae oppositae. *Ad* 1. ibi duplex intervenit vitium, quorum neutrum sufficienter per ratificationem purgatum est: unum, quod contractus celebratus, et res minoris vendita fuerit absque decreto judicis; alterum, quod minor eo contractu laesus fuerit ultra dimidium. Jam per ratificationem minoris, postquam major factus est, solum fuit sublatum beneficium restitutionis in integrum minoribus competens, quo determinate obligatus fuisset emptor rem emptam restituere una cum fructibus, non vero fuit sublatum remedium ex *l. rem majoris cit.* et clausula generali *si qua alio etc.* quia ratificatio facta est ab ignaro, quod fuerit invalida alienatio: et hinc in arbitrio emptoris ponitur, an velit dare supplementum pretii, an vero rem una cum fructibus restituere. *Ad* 2. textus illi vel loquuntur de rescissione contractus ex defectu conditionis resolutivae, ubi fingitur res nunquam fuisse empta; vel de rescissione ex actione redhibitoria, cujus natura est, ut omnia in pristinum statum reducantur. *Ad* 3. negatur paritas; quia alienatio facta a liberto in fraudem patroni injusta est ob causam, quae rei restituendae inest, cum bona liberti patrono quasi obligata, et hypothecata sint: at injustitia quae intervenit in laesione ultra dimidium, solum provenit ex accidenti extrinseco rei restituendae, sc. ex ipsa laesione per contractum. *Ad* 4. id statutum est specialiter in favorem minorum; cons. ad venditorem majorennem extendi non debet.

206

Quaeritur 6. an huic remedio locus sit etiam in aliis contractibus? Distinguunt aliqui, et in contractibus, ac conventionibus lucrativis, et non reciprocis, uti est depositum, mandatum, precarium, commodatum, donatio negant habere locum; nam aliunde infirmandi sunt, ut cum Pal. *tr.* 32. *D.* 5. *p.* 17. §. 8. *n.* 1. communis, et certa DD. sententia habet. De ceteris cum nonnullis idipsum negat Haun. *l.* 3. *resol. tr.* 7. *q.* 12. *vers. sed his* ex ratione; quia *l. rem majoris* 2. *C. de rescind. vend.* solum mentio fit de venditione. Accedit, quia remedium *l. cit.* proditum contra rationem juris, quod *l. in causa* 16. *ff. de minor. et l. item* 22. *ff. loc.* circumventionem absque ulla quantitatis determinatione contrahentibus permittebat, est introductum: igitur in consequentiam trahi non debet; *l. quod contra* 141. *ff. de R. J.*

207

Sed his non obstantibus, dicendum, quod remedium hoc concedatur laesis ultra dimidium etiam in aliis contractibus onerosis, et reciprocis, uti est permutatio, locatio cambium etc. Ita Abb. *in c. c. cum causa* 6. *h. t. n.* 8. Gomez *to.* 2. *var. c.* 2. *n.* 22. Pinel. *par.*

1. *c.* 3. *n.* 1. *et seq.* Fach. *l.* 2. *controv. c.* 22. Gutier. *lib.* 2. *pract. q.* 138. Molin. *tr.* 2. *D.* 349. *n.* 14. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 17. *n.* 8. Pal. *tr.* 32. *D.* 5. *par.* 17. §. 8. *n.* 1. Haun. *to.* 4. *de just. tr.* 10. *a n.* 245. Pirh. *hic n.* 29. P. Vvies. *n.* 64. et Pal. teste, fere omnes DD. Neque alia probatione opus est, quam quod sit eadem aequitatis ratio.

Excipitur contractus transactionis; nam in hac, etsi quis laesus sit ultra dimidium, frequentior DD. sensus, et specialis ratio suadet, beneficium istud non competere, ut dictum est; *l.* 1. *t.* 36. *n.* 19.

208

Ad argumentum sumptum ex *l. rem majoris cit.* dico non obstare, quod illa, et rubrica, cui subjicitur, solum agant de venditione; nam aequitas, ut prius insinuavi, dictat, hoc remedio juvandos ita laesos in quocunque contractu, nisi id speciali jure excludatur. Deinde retorqueri etiam argumentum potest; nam *l. cit.* solum meminit immobilium, et quidem tantum venditionis illorum : igitur si argumentum Hunnii aliquid probat, in solorum immobilium, non mobilium venditione, non vero emptione laesis beneficium istud conceditur: quod tamen falsum est: sicut igitur quae dicta lege statuuntur de laesis in venditione immobilium, ob paritatem rationis extenduntur etiam ad venditionem, et emptionem mobilium , ita ob eandem paritatem de contractu venditionis, et emptionis beneficium hoc extendi debet ad laesos in aliis contractibus reciprocis , et onerosis. *Ad conf. ut n.* 193. *ad* 2. notavi, remedium istud non hac primum lege, sed antiquo jam jure proditum est: nam *cit.* lege solummodo firmatum, et apertius declaratum fuit.

§. IX.

Alia quaedam capita, ex quibus resolvi emptio venditio potest.

SUMMARIUM

Praeter laesionem ultra dimidium plura alia adhuc sunt capita, ex quibus emptio venditio resolvi potest: et istorum aliqua sunt communia aliis contractibus, ut error, dolus, metus, de quibus jam alibi dictum est; alia vero huic contractui peculiaria. Ex his tria hic examinanda restant; nam resolvi contractus emptionis venditionis potest mutuo contrahentium consensu, ex aedilitio edicto, et per retractum.

209

Quaeritur 1. an, et quando resolvi emptio venditio mutuo contrahentium consensu possit? Resp. interesse, an res adhuc sit integra, an vero non. *Si res adhuc est integra*, quod fit, quando nec traditio rei, neque solutio pretii inchoata est, indubitatum est, em-

ptionem venditionem mutuo consensu contrahentium dissolvi posse : patet ex *l. emptio* 3. *ff. de rescind. vendit.* ubi Paulus, *emptio, et venditio*, inquit, *sicut consensu contrahitur*, *ita contrario consensu resolvitur*, *antequam fuerit res secuta.* Consentiunt *l. re quidem integra* 1. *et l. perfectam* 2. *C. quand. lic. ab empt. disced. l. juris gentium* 7. §. *adeo* 6. *et l. ab emptione* 58. *ff. de pact.* et est commune omnibus obligationibus , quae consensu mutuo contrahuntur; nam ut §. *hoc amplius* 4. *inst. quib. mod. tollit. oblig.* Justinianus ait, *eae obligationes*, *quae consensu contrahuntur*, *contraria voluntate dissolvuntur.*

210

Si vero res non amplius integra est , sed ab alterutra parte contractus impletus, distinguendum est inter forum internum, et externum. *In foro interno* ut obligatio naturalis, quae erat ad standum contractu emptionis , tollatur , sufficit nudum pactum emptoris , et venditoris, mutuo consensu volentium contractum esse nullum, propter novam obligationem, quae oritur ex pacto nudo, quo invicem consenserunt, ut a priore contractu recederetur. At ut etiam *pro foro externo* dissolvatur contractus, praeter consensum mutuum contrahentium in ejus dissolutionem opus est, ut res in antiquum statum reducatur per restitutionem pretii, vel mercis; *l. ab emptione* 58. *vers. Aristoni ff. de pact. et l. re quidem* 1. *vers. at enim C. quand. lic. ab empt. disced.* hinc etiamsi contrahentes nudo consensu dixerint *volumus contractum nihil valere*, non tamen propterea emptori, qui solvit pretium, dabitur actio ad illud repetendum, nec venditori exceptio contra emptorem agentem ad implementum contractus, et traditionem mercis : sed perinde est , acsi nihil fuisset actum , nisi omnia retroagantur , et restituatur id , quod ab alterutra parte fuit datum, ut recte advertit Gibalin. *l.* 4. *de negot. c.* 6. *art.* 1. *n.* 3. et patet ex dictis *lib.* 1. *tit.* 35. *n.* 7. ubi negavi , quod ex pacto nudo actio producatur.

211

Dixi, *si ab alterutra parte completus contractus sit;* si ab utraque sit consummatus, per traditionem videlicet mercis a venditore, et solutionem pretii ab emptore, ut consensus partium in dissolutionem contractus istam resolvat legitime, opus est, ut vim habeat novae emptionis venditionis, ut cum Carolo Molinaeo, Antonio Fabro, et Lassarte docent Gibalin. *l. cit.* P. Friderich *tr. de empt. vend. n.* 872. et sumitur ex *l. si quam* 2. *ff. de rescind. vendit. ibi*, *post pretium solutum* (ob rem traditam) *infectam emptionem facere non possumus.* Et hoc modo tollitur apparens contradictio inter legem modo *cit.* et allegatas *n. praec.* quibus asseritur, posse emptionem

infectam reddi consensu mutuo; dicendum enim, istas procedere in casu, quo res aliquo modo adhuc est integra, eo quod contractus ab alterutra solum parte impletus sit, *legem* vero 2. *cit.* locum nancisci tantum in casu, quo contractus tam traditione mercis, quam solutione pretii omnino est consummatus.

212

Dub. 1. an ad dissolutionem contractus faciendam opus sit consensu expresso, an vero sufficiat tacitus, et praesumptus? *Rationem dubitandi* faciunt duo juris civilis textus: 1. *l. si convenerit* 56. *ff. de pact.* ubi Julianus, *si convenerit*, *inquit*, *ne dominus a colono quid peteret*, *et justa causa conventionis fuerit*, *nihilominus colonus a domino petere potest*; 2. *l. si tibi* 5. *ff. locat.* ubi Ulpianus, *si tibi, ait*, *habitationem locavero*, *mox pensionem remittam*, *ex locato conducto agendum erit.* Ex quibus textibus patet, manere obligationem in domino respectu coloni, et in locatore respectu conductoris, etiamsi ille colonum, et iste conductorem per acceptilationem liberaverit, non maneret autem, si ad resolvendum contractum sufficeret consensus tacitus, et praesumptus; nam talem induceret acceptilatio, utpote quae praesumitur non aliter facta, quam ut uterque contrahens liberetur.

213

Sed dicendum, sufficere consensum tacitum, prout patet ex *l. cum emptor* 5. *ff. de rescind. vend.* ubi Ulpianus, *cum emptor,* inquit, *venditori*, *vel emptori venditor acceptum faciat*, *voluntas utriusque ostenditur id agentis*, *ut a negotio discedatur*, *et perinde habeatur*, *ac si convenisset inter eos*, *ut neuter ab altero quidquam peteret. Conf. ex l. fin. ff. de acceptilat.* ubi Paulus, *cum locatio conductio*, *ait*, *emptio venditio conventione facta est*, *et nondum res intercessit*, *utrimque per acceptilationem*, *tamet si ab altera parte tantum intercessit*, *liberantur obligatione.* Quare si forte emptorem poeniteat contractus, ut obligatione illius liberetur, sufficiet, si dicat venditori, *habesne acceptum*, *quod tibi debeo ex vendito e. g. frumento*, et venditor respondeat *habeo*; censetur enim, et praesumitur etiam emptor acceptum habere, quod ipsi venditor ex empto debet, videlicet frumentum.

214

Neque contrarium probant *ll. allegatae. Ad* 1. triplex responsio est: gloss. respondet, ibi rem non fuisse amplius integram, aut justam causam conventionis fuisse tantum ex una parte, puta, sterilitatem, cujus intuitu dominus unius, vel duorum annorum pensionem remiserit. Alii volunt, ibi expresse fuisse actum, ut obligatio tantum tolleretur ex una parte, et locator maneret obligatus, libe-

rato colono. Struvius *in concil. leg. ad l. cit.* dicit, ibi initum fuisse pactum nudum, quo contractus non dissolvitur, sed tantum acquiritur exceptio , salva manente obligatione utrinque. *Ad 2.* praesumitur pensio gratis esse remissa : quod in locatione domus facilius praesumitur , quam in emptione.

215

Dub. 2. an sicut emptio dissolvi potest quoad totum, ita etiam dissolvi possit quoad partem tantum? Videtur tenenda negativa ob *l. si unus* 27. §. *sed si stipulatus* 6. *ff. de pact.* ubi non obscure significatur, quod soluto per contrariam conventionem quoad unam partem contractu, totus contractus sit dissolutus.

Sed respondendum est affirmative. Sumitur ex *l. si emptio* 4. *ff. de rescind. vend.* ubi Paulus , *si emptio*, inquit, *contracta sit togae*, *puta*, *aut lancis*, *et pactus sit venditor*, *ne alterutrius emptio maneat*, *puto*, *resolvi obligationem hujus rei duntaxat nomine.* Item ex *l. juris gentium* 7. §. *adeo* 6. *ff. de pact.* ubi cum Ulpianus dixisset, *in emptione, ceterisque bonae fidei judiciis, re nondum secuta*, *posse abiri ab emptione,* subjungit : *Si igitur in totum potest*, *cur non et pars ejus pactione mutari potest?*

Ad legem in contrarium allegatam respondet Struvius *concil. LL. ad l. cit.* ibi agi de alternative debitis, in quibus electio est debitoris , qui proinde cum determinatum aliquid ab ipso petitur , opponere potest pactum de alterutra re non petenda initum.

216

Dub. 3. an si quid emi pure , et absolute possit , deinde ab eodem sub conditione emere , et posterior emptio priorem omnino tollat? *Videtur posse* ; quia vulgo dicitur , pluribus modis aliquid deberi ex pluribus causis.

Sed retinenda est negativa. Patet ex *l. si id* 7. *ff. de rescind. vend.* ubi Paulus, *si id*, *quod pure emi*, *sub conditione rursus emam*, *nihil agitur posteriore emptione. Excipitur*, si in secunda emptione conditionali facta est variatio vel circa pretium , vel circa mercem, et ex circumstantiis appareat, quod contrahentes id fecerint animo novandi, et vertendi venditionem absolutam in conditionalem ; tunc enim praesumerentur contrahentes a priori contractu recessisse, ut bene advertit P. Friderich *tr. de empt. vend. n.* 875. *et* 878. idem esset , si secunda venditio , etiam absque variatione in pretio , et merce novam aliquam utilitatem haberet, quae in priore venditione non reperitur , aut quae serviret ad confirmandum priorem contractum, ut si res primo vendita sit a pupillo, vel minore absque authoritate tutoris, curatoris, vel judicis, et deinde ab eodem rursum ematur sub conditione, sed cum debita authoritate, vel postquam ipse

major jam factus est; nam eo casu eventus conditionis faciet, ut teneat secunda, non prima emptio, aut certe per secundam rata habeatur prima juxta *l. si id cit.* §. *idem potest* 1.

Ad rationem dubitandi dico, axioma illud procedere de pluribus causis diversi generis, non de ejusdem, uti sunt plures emptiones, plures stipulationes etc.

217

Dub. 4. cujus sint fructus, nati tempore inter initum, et dissolutum contractum medio? Resp. omnes fructus, quos res protulit eo tempore, quo perseveratum est in venditione, pertinere ad primum emptorem; nam et periculum tempore illo intermedio ejusdem emptoris est, ut dictum est *a n.* 167.

Proceditque hoc, etsi venditio dissolvatur remedio *l. rem majoris* 2. *C. de rescind. vendit.* quando nimirum venditor ultra dimidium justi pretii deceptus fuit, et emptor non vult supplere pretium, sed mavult contractum dissolvere. *Ratio est,* quia etsi emptor non dederit justum pretium, emptio tamen fuit valida, et sufficiens ad transferendum dominium, si traditio facta sit: et alias generale principium est, quod res emptori, non venditori fructificet.

Neque obstat, quod venditor ita laesus passus injuriam sit; quia injuriam passus est, non quod emptor possederit, et fructus perceperit, sed quia justum pretium non dedit. *Ex quo sequitur*, emptorem in foro conscientiae solum teneri ad praestandum, quantum intererat venditoris, illud pretii supplementum statim initio solutum fuisse.

218

Quaeritur 2. quomodo emptio venditio resolvatur ex aedilitio edicto? Resp. Hoc emptori contra venditores, qui res vitiosas vendiderunt, duplex conceditur actio, *redhibitoria*, *et aestimatoria.*

Actio redhibitoria est actio personalis, bonae fidei, qua emptor, vel ipsius haeres propter vitium, quo cognito rem non emisset, agit adversus venditorem, et ejus haeredes, ut venditione in totum rescissa, rem redhibeat, i. e. recipiat, pretioque reddito, omnia in integrum restituantur; *l. cum autem* 23. §. *Julianus* 7. *l. debet autem* 27. *l. illud sciendum* 29. §. *condemnatio* 2. *l. quodsi nolit* 31. §. *in factum* 17. *et seqq. l. redhibitoria* 45. *l. si tamen* 48. §. *aedilitiae* 5. *ff. de aedilit. edict.*

Aestimatoria est actio personalis, et bonae fidei, qua emptor, aut haeres ipsius ob vitium, quo cognito tanti non emisset, agit adversus venditorem, et ejus haeredes, ut quanto minoris rem emisset, de accepto pretio restituat; *l. si tamen cit.* §. *aedilitiae l. quoties* 61. *ff. eod. l. si minor* 9. *C. de act. empt. et vendit.*

219

Discrimen inter has actiones multiplex est. Nam 1. Redhibitoria locum tunc habet, quando vitium est ejusmodi, ut si ab emptore fuisset cognitum, res non fuisset empta, ne quidem minore pretio, quia fortassis nihil ad finem emptoris potuisset servire. Contra aestimatoria datur tunc, quando cognito vitio res quidem fuisset empta, sed minore pretio. 2. Redhibitoria rescindit contractum ex toto; aestimatoria, salvo manente contractu, tendit ad restitutionem pretii, quanto minoris rem emisset. 3. Priori, ut Ulpianus; *l. sciendum* 19. §. *fin. ff. de aedil. edict.* monet, *sex menses utiles habet*; posterioris tempus legale *annus utilis est.*

220

Dub. 1. quid requiratur, ut emptori detur actio contra venditorem ob vitium rei emptae? Resp. 1. requiritur, ut venditor sciverit rei vitium; nam si ignoravit, ut Vvinsenbach, et alii supponunt, et ex *l. Julianus* 13. *princ. ff. de act. empt.* sumitur non redhibitoria, sed aestimatoria laeso emptori datur, et venditor ignorans solum condemnatur in id, quo minoris rem emisset, si vitium rei scivisset. 2. Ut sit vitium latens, quod sc. emptor, etiam inspecta re, non potuit animadvertere; nam si vitium manifestum fuit, aut tale, quod facile deprehendi potuit, redhibitioni locus non est; *l. Labeo* 1. §. *si intelligatur*, *l. quaeritur* 14. §. *fin. l. cum sex* 56. *ff. de aedilit. edict.* 3. Ut sit vitium antecedens, non subsequens emptionem venditionem; *l. actioni* 54. *ff. eod. et l. si apud* 3. *C. de aedil. act.* Sed hoc probandum actori est, nisi vitium statim, ac intra triduum appareat; tunc enim praesumeretur antecessisse; *arg. l. eum qui* 22. *ff. de probat.* 4. Ut vitium non sit leve, sed tale, quod usum rei impediat, vel deteriorem reddat; *l. Labeo cit.* §. *proinde* 8. *l. ob quae* 4. §. *fin. et l. idem* 10. §. *sed siquis* 2. *ff. eod.* 5. Ut si res animata vendatur, sit vitium corporis, non animi, nisi hoc tale sit, ut redundet etiam in corpus, ut si servus sit erro, fugitivus, furiosus; *l. Labeo cit.* §. *idem Vivianus* 10. *l. ob quae cit.* §. *in summa* 4.

221

Dub. 2. an actioni redhibitoriae, vel aestimatoriae locus sit, quando res quidem non est vitiosa, sed venditor certas qualitates circa rem venditam asseveravit, quae tamen non apparent? Resp. cum distinctione: vel enim venditor hoc dixit cum promissione de qualitatis existentia, vel sine hac, nudae commendationis, vel jactationis gratia. *Si primum*, locus est actioni redhibitoriae, vel aestimatoriae; *l. siquid* 18. *princ. et* §. *venditor* 1. *l. sciendum* 19. §. *plane* 1. *l. quoties* 61. *ff. de aedil. edict.* Et hinc redhibetur equus

indomitus pro obsequioso, imperitus, aut ineptus pro perito et apto, vectuarius pro itinerario venditus; Stryck. *ad tit. cit. cit.* §. 22. *Si secundum*, aedilitium edictum cessat, *l. sciendum cit. pr.* nisi intuitu commendationis emptor ad majus pretium fuerit inductus; aut asseveratio vim promissionis habuerit, velut si dixerit venditor, servum non esse furem, aleatorem etc. *l. sciendum cit.* §. *plane*, *et ibi* Brunnem. *n.* 3. *et* 4. Stryck. §. 23. clariss. P. Schm. *de pact. et contract. c.* 2. *n.* 269.

222

Dub. 3. quid venditor, hoc edicto conventus, teneatur restituere? Resp. Interest, an gnarus fuerit vitii, vel non. *Si hoc secundum*, sufficit, si restituat id, quo minoris emptor rem emisset, si vitium scivisset, ut dictum est *n.* 220. *Si primum*, tenetur praeter pretium praestare omne damnum, et interesse, etiam extrinsecum, v. g. si servus fugitivus quidpiam abstulerit, vel alios servos corruperit; *l. quaero* 58. *ff. de aedil. edict. l. si non* 1. *C. de aedil. act. l. Julianus* 13. *ff. de act. empt.* Quin et si contumax sit venditor, et non pareat arbitrio judicis, jubentis pretium reddere, condemnatur in duplum; *l. redhibitoria* 45. *ff. de aedil. edict.*

223

Dub. 4. an praeter actiones aedilitias hactenus explicatas detur ad redhibendum etiam actio civilis ex empto? Affirmant Bartol. Paul. Castr. et alii DD. communiter, juxta quos, postquam relatis actionibus praescriptum est, adhuc superest actio civilis ex empto, quae exemplo aliarum actionum personalium civilium intentari usque ad annos 30. possit, quod probant *l. ex empto* 11. §. *redhibitionem* 3. *et l. Julianus* 13. *pr. ff. de act. empt.* ubi conceditur redhibitionem etiam empti judicio peti posse. Sed responderi potest empti actionem quidem dari, sed restrictam ad qualitates, quae edicto propositae sunt. Hinc non improbabiliter Treutlerus, Bachovius, Arnoldus Rath. apud P. Friderich *tr. de empt. vend. n.* 897. docent actionem civilem perpetuam ex empto ad effectum redhibitionis, aut *quanto minoris* nullam competere: quod desumunt ex *l. cum proponas* 2. *C. de aedilit. act.* ubi Gordianus imp. dicit se non posse animadvertere, qua ratione emptor servi fugitivi dominus post sex mensium lapsum cum venditore congredi quaerat: atqui promptum huic esset remedium, si praeter relatas duas actiones aedilitias temporaneas superesset tertia civilis perpetua: ergo etc.

224

Quaeritur 3. qua ratione emptio venditio possit rescindi ex retractu? Et 1. quidem *dubitatur*, quid, et quotuplex sit retractus? Resp. *retractus*, alio nomine *jus congrui*, *et jus protomiseos*, Ger-

manis *Einstand Recht*, est *redemptio rei venditae*, *eodem oblato pretio*, *jure sibi a lege*, *vel consuetudine*, *aut vi pacti concesso.* Jus istud per *l. dudum* 14. *C. de contrah. empt.* ab impp. Valentin. Theodos. et Arcadio abrogatum est, revocatum tamen, et receptum generali consuetudine Germaniae, et omnium fere locorum, sed non eodem ubique modo: unde notitia ejus ex jure potissimum consuetudinario, et municipali dependet.

Generaliter dividi potest in conventionale, et legale. *Conventionale* est, quando ex speciali conventione alicui reservatur facultas in casu, quo res venditur, eam prae quovis alio emendi. Apponitur crebro in gratiam venditoris: et tunc non differt a pacto retrovenditionis, de quo dictum *a n.* 57. *Legale jus retractus* aliud est *legale scriptum*, quod jure singulari scripto, aliud *consuetudinarium*, quod consuetudine certis personis tribuitur. Capita, ex quibus conceditur, quinque omnino sunt.

225

1. *Propter dominium directum*: et ratione hujus, quando emphyteuta rem emphyteuticariam, vasallus feudum vult vendere, eas res emendi prae aliis jus habet dominus directus; *l. fin. C. de jur. emphyteut.*

226

2. *Propter creditum*: et ratione hujus in subhastatione bonorum debitoris licitatoribus extraneis praeferuntur creditores, et ex his potior ille est, cui major debetur pecunia; *l. cum bona* 16. *ff. de reb. auth. jud. possid.*

3. *Propter communionem*: et ratione hujus cohaeres, vel alius, qui rem cum altero communem habet, potest illam, si distrahenda sit, emere prae quovis extraneo; *arg. l. sancimus* 34. §. *ne autem* 2. *C. de donat.*

4. *Propter vicinitatem*: et ratione hujus jus retractus quorundam locorum statutis, et consuetudine competit, accolis, vicinis, vel civibus, aut illis, qui sunt in territorio, prae extraneis: unde *retractus territorialis*, Germanicae *Mark lesung* vocatur.

5. *Propter consanguinitatem*: et ratione hujus jus retrahendi competit consanguineis venditoris. Retractus iste dicitur *gentilitius*, item *legitimus*, *et linearis*, Germanice *Erb Einstand*, *Erb lesung*: estque ceteris celebrior, et universalior, ac jure etiam pontificio approbatus; *c. constitutus* 8. *de in integr. restit.* Hinc omissis reliquis, de hoc ulterius.

227

Dub. 2. quibus jus retractus gentilitius competat? Resp. competit consanguineis venditoris, ut modo dictum est: et quidem ex

pacto, ut semper, qui propinquior est, praeferatur ceteris. Hinc jus retrahendi res a parentibus venditas prae ceteris consanguineis habent liberi: et perinde est, an masculi illi sint, vel foeminae, clerici, vel laici, modo legitimi sint; nam naturalibus, nothis, ac spuriis hoc jus negatur, nisi legitimati sint: his enim Matth. de afflict. et alii jus retractus concedunt; *arg. c. tanta* 10. *qui fil. leg. et novell.* 74. *c.* 2. *novell.* 89. *c.* 8. *et* 9. *et novell.* 117. *c.* 3. Quando plures ejusdem gradus concurrunt, omnes admittuntur, si res dividi queat, aut communio placeat; secus, praefertur is, qui prius de retractu egit, vel sorti res committitur; *arg.* §. *optionis* 23. *fin. inst. de legat.* Neque hic locus est repraesentationi v. gr. si vendat soror, et velit retrahere frater, alterius fratris, vel sororis liberi cum eo non concurrunt; quia simpliciter gradus propinquitas attenditur; *arg. l. tutela* 3. §. *sed si* 5. *et* §. *proinde* 7. *ff. de legitim. tutor.* Si proximior jure isto uti non velit, uti illo potest proxime sequens; quia in jure retractus locus est edicto successorio.

228

Porro qualitas consanguinitatis in retractu gentilitio ita requiritur necessario, ut hoc jus nulli alteri vel competere, vel cedi possit, ut cum aliis recte notat P. Engl *hic n.* 24. P. Friderich *n.* 998. P. Schmier *de pact. et contract. c.* 2. *n.* 282. et ratio est, quia jus hoc ob favorem personae competit, qui favor in extraneo non reperitur. *Ex quo sequitur* 1. jus istud non competere affinibus, genero, socero, aut privigno venditoris, etiamsi fratrem uterinum habeat ex illo venditore progenitum; quia non sunt consanguinei. *Sequitur* 2. idem jus non transmitti ad haeredem extraneum; nec enim per hoc, quod quis haeres scribitur, etiam propinquus efficitur. *Sequitur* 3. jus hoc etiam a religioso non transire ad monasterium; quia maxime personale est. *Sequitur* 4. vicissim non posse retrahere consanguineos religiosi professi, si monasterium vendat rem patrimonialem ejusdem; quia per hoc, quod translata est ad monasterium, desiit esse res patrimonialis. *Sequitur* 5. non patrocinari pro jure retractus, etsi res vendita a majoribus alicujus descenderit, et a consanguineis illius olim sit vendita; quia per hujusmodi venditionem, quae sortita effectum est, desiit esse res familiaris: plura de his vide apud Pal. *tr.* 32. *D.* 5. *p.* 29. §. 3.

229

Dub. 3. quae res retrahi possint, et quomodo? Resp. Retrahi possunt 1. bona immobilia, praesertim genarchica, avita, et gentilitia, *stammen Gyter*, quae sc. a majoribus ad venditorem pervenerunt. 2. Bona mobilia, si immobilibus cohaereant, aut simul cum

iis veneant: in ceteris mobilibus, quanticunque pretii, cessat retractus. 3. Annui reditus, ususfructus, aliaque jura, et res incorporales, super re immobili constitutae; quia inter immobilia censentur.

230

Obligationes retrahentis sunt plures 1. Enim, qui rem alienatam vult retrahere, debet offerre pretium, de quo inter extraneum, et venditorem rite convenit, nisi sit justo majus; nam tunc Angel. Cuman. Paul. Castr. Jason, et alii putant satisfacere, si solvat pretium justum minus: quod tamen Bald. Joan. Andr. Imol. Aretin. Harpprecht, et alii negant. 2. Tenetur stare pactis contractui adjectis, et praestare, quae ex more consueto ab emptore praestita sunt, ut laudemium, arrham, *den Leutauff. etc.* bibales, et similes modicos sumptus restituere. 3. Tenetur refundere impensas necessarias, et utiles ab emptore in rem factas, nisi modicae illae sint, et cum fructibus perceptis compensentur.

231

Dub. 4. intra quod tempus liceat retrahere? Resp. intra annum et diem; *c. constitutus* 8. *de in integr. restit.* quod praxi camerae imperialis, et moribus Germaniae passim receptum est, teste Gail. *l.* 2. *obs.* 19. *n.* 14. etsi juxta *const. Friderici*, quae extat *l.* 5. *feud. tit.* 13. intra 30. dies instituenda foret. Estque hoc tempus de jure communi ab initio utile, ita, ut absentibus, et ignorantibus non currat; Berlich *p.* 2. *concl.* 40. *n.* 25. Carpz. *p.* 2. *const.* 32. *def.* 6. Reincking. *de jur. retract. q.* 7. *n.* 43. *et* 86. P. Friderich *tr. de empt. vend. n.* 1011. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *inst. de oblig. quae ex quas. contract. q.* 5. De jure nostro bavarico inter nobiles computatur annus a tempore traditionis, inter plebem vero a tempore insinuationis factae apud magistratum: nisi consanguineo notificatus sit contractus; tunc enim annus retrahendi currit a notificatione: iis, qui ignorant, tempus hoc jure duplicatur; Landrecht *tit.* 10. *art.* 2.

232

Si intra tempus retrahenti constitutum res ab emptore rursum alteri vendita sit, priorum semper venditorum consanguinei, posteriorum cognatis praeferuntur; quia iis citius jus quaesitum est. Quodsi emptor pluris rem a se emptam distraxit, restituet retrahens nihilominus solum pretium primae venditionis; emptor tamen posterior pro refusione residui actione empti contra suum venditorem aget; *arg. l. postliminium* 19. §. *si is* 9. *ff. de captiv. et postlim. revers.* Pegius *de jur. protimis. l.* 2. *c.* 37. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *l. cit. q.* 6.

233

Dub. 5. an jus retrahendi amittatur renuntiatione? Resp. affirmative: et sufficit tacita, qualem fecisse censetur, qui delatam sibi emptionem post duorum mensium deliberationem recusavit; P. Friderich *tr. de empt. vend. n.* 1012. An eandem fecisse censendus sit, qui denuntiatione sibi facta, simpliciter dicit, se nolle emere, controversum est. Negat Berlich. *p.* 2. *concl.* 40. *n.* 48. Tiraquell. et alii. Affirmant cum Mollero Carpz. *p.* 2. *const.* 32. *def.* 1. et Struv, *synt. jur. exerc.* 23. *th.* 65. quibus etiam consentit P. Friderich *l. cit. n.* 1012. ubi negativam veram dicit esse duntaxat in casu, quo consanguineus solum dicit, se hic et nunc emere, se jam, vel hac vice non habere voluntatem emendi etc.

TITULUS XVIII.

De locato, et conducto

Emptioni venditioni subjungitur *locatio conductio,* utpote quae valde affinis eidem est, et propterea iisdem fere juris regulis, quibus illa consistit, et regitur, ut Justinianus *inst. pr. h. tit.* et Cajus JCtus *l. locatio 2. ff. eod.* tant. Additur contractus emphyteuticus, inter utramque medius, et adeo iis similis, ut antequam a Zenone imp. decerneretur esse contractus distinctus *l. jus. emphyteuticarium 1. C. de jur. emphyteut.* in dubium, et quaestionem a veteribus JCtis vocaretur, an emptio venditio, an vero locatio conductio sit.

§. I.

De locatione conductione.

SUMMARIUM

1 *Definitio locationis.*
2 *Hujus explicatio.*
3 4 *Differentia ab aliis contractibus.*
5 *Divisio in publicam, et privatam.*
6 *In perpetuam, et temporalem.*
7 *Regularem, et irregularem.*
8 *Locationem rei, et facti.*
9 *Expressam, at tacitam etc.*
10 11 *Quinam inire contractus locationis conductionis possint?*
12 *Quis praeferri debeat, si eadem res sit duobus locata?*
13 *An primus locator rem sibi locatam sublocare alteri possit?*
14 *An conductor, inscio, vel invito locatore, possit alium sibi socium in cubiculum a se conductum assumere?*
15 16 *Quaenam res locari possint?*
17 *Quaenam operae?*
18 *An quis in perpetuum alteri locare operam suam possit?*
19 *Utrum nobiles possint operas subditorum suorum, quibus ipsi non indigent, aliis locare, vel delegare?*
20 *Locari nequeunt res propriae conductoris, servitus praedialis.*
21 *Res fungibiles, et jus cudendae monetae.*
22 *Jurisdictio spiritualis.*
23 24 *Qualis debeat esse merces locationis?*
25 26 27 *An consistere debeat in pecunia numerata?*
28 29 *Ad quod tempus res ecclesiae sine solemnitatibus locari possint?*
30 *An valeat locatio illarum ad tria triennia, vel novennia?*
31 32 33 *Quid dicendum de primo triennio, vel novennio in tali locatione?*
34 35 *Ad quod tempus locari alteri possint fructus, et reditus pertinentes ad ipsas ecclesias?*
36 37 38 *Ad quod tempus illi, qui pertinent ad mensam rectoris ecclesiae?*
39 40 41 *An locationi, quam praelatus, vel rector ecclesiae fecit, stare teneatur ejusdem successor?*

1

1. Quaeritur 1. quid sit *locatio conductio? Resp. Locatio conductio* est *contractus juris gentium*, *bonæ fidei*, *et solum consensu initus*, *quo persona*, *vel res aliqua alteri utenda*, *vel fruenda pro certo pretio*, *sive mercede conceditur*, *et ab eodem accipitur.* Ita quoad rem omnes. Adeoque locatio, et conductio est unus, idemque contractus, sicut emptio, ac venditio: nam *locatio* dicitur ex parte concedentis, qui propterea etiam *locator* appellatur; *conductio* autem ex parte accipientis, qui idcirco vocatur *conductor*: et pro rei conductae diversitate diversa nomina subalterna accipit; nam si quidem praedium urbanum conduxit, *inquilinus* dicitur; *l. sed addes* 19. §. *si inquilinus* 4. et §. *seq. ff. h. tit.* si praedium rusticum, *colonus*; *l. si merces* 25. §. *vis major* 6. et *l. et hæc* 35. *princ. ff. eod.* si opus, *redemptor*; *l. cum in plures* 60. §. *lege dicta* 3. *ff. eod.* si vectigalia, *publicanus*; Konig. *n.* 7. *hic.*

2

Dicitur autem 1. locatio conductio esse contractus *juris gentium* nam hoc jure introductam expresse affirmat Hermogenianus *l. ex hoc jure* 5. *ff. de j. et j.* et adstipulatur Paulus *l. locatio* 1. *ff. h. tit.* ubi testatur eam *naturalem* esse , *et omnium gentium.*

Dicitur 2. *bonæ fidei ;* nam inter hos recensetur §. *actionum* 28. *inst. de action.* et *l. cum venderem* 25. *ff. h. tit.* cons. si ex locato conducto agatur , alter alteri non in id solum est condemnandus , quod in contractum nominatim deductum est , sed etiam in omne illud , quod insuper praestari aequum , et bonum est §. *in bonæ fidei* 30. *inst. de action.*

Dicitur 3. *solo consensu initus* ; nam locatio conductio ad sui perfectionem , et constitutionem neque continuo rei traditionem , neque verba , neque litteras desiderat , sed solo , nudoque consensu de aliqua re contenta est; *l. locatio cit. l. qui ad certum* 14. *ff. eod. l. consensu* 2. *ff. de O. et A.*

Dicitur 4. *persona* , *vel res ;* nam ut *infra n.* 17. locari potest tum persona ad operas , tum res ad usum , vel usumfructum.

Dicitur 5. *pro certo pretio , sive mercede* ; quia sine certa mercede locatio non contrahitur; *l. et hœc distinctio* 35. §. *cum fundum* 1. ibi *certo pretio ff. et l. licet* 8. ibi *certis annuis quantitatibus C. hoc. tit.*

3

Quaeritur 2. quomodo locatio conductio differat ab aliis contractibus ? Resp. 1. *a mutuo* ; quia in mutuo transfertur dominium rei mutuatae a mutuante in mutuatarium ; non item in locatione conductione , quippe in qua de rei locatae usu solum , aut fructu , vel operis concedentis agitur; *l. cum manu* 80. §. *fin. ff. de contrah. empt.*

2. Ab *emptione venditione ;* tum quia etiam , si traditione rei venditae perfecta sit , dominium illius transfert ; tum quia in emptione venditione pretium debet consistere in pecunia numerata , cum in locatione ne secundum dicenda *infra num.* 26. consistere possit etiam in aliis rebus fungibilibus.

3. A *deposito* , et *pignore ;* quia in his res traditur accipienti , ut custodiat , et servet , non autem , ut illa utatur.

4. *A commodato* , et *precario* ; quia in his res quidem ad usum conceditur , sed gratis et liberaliter ; locatio autem non fit , nisi interveniente mercede; *l. si convenerit* 23. *ff. commun. divid.*

4

5. Ab *emphyteusi ;* quia locari etiam res mobiles possunt , emphyteusis autem constituitur tantum in re immobili : deinde in

emphyteusi transfertur dominium utile, quod in locatione non transfertur: denique in locatione res conceditur pro mercede, in emphyteusi canon solvitur non tam pro mercede, quam in recognitionem dominii.

6. *A contractibus innominatis;* quia licet etiam in his res concedatur aliquando ad usum tantum, sine translatione dominii, non tamen conceditur necessario pro mercede; sed pro alia quavis re etiam non fungibili concedi potest.

5

Qaeritur 3. quotuplex sit locatio conductio? Resp. Quinque maxime divisiones, quas examinare oportet, reperio. Nam 1. dividitur in publicam, et privatam: *publica* est, qua praedium publicum, ad cameram, seu fiscum principis spectat: *privata*, qua praedium privatum, conducitur, vel elocatur. Inter has duas locationis conductionis species id discriminis praeter alia intercedit, quod praedii privati conductor, finita conductione, impedire non possit, ne dominus illius id alteri elocet, conductor vero praedii fiscalis, et publici, si tantum offerat, quantum novus, aliis conductoribus praeferatur; *l. congruit* 4. *C. de locat præd. civil. l. ne cui liceat* 32. *C. h. t.* et ibi Brunnem. *a n.* 1. Procedit autem hoc regulariter; nam aliquando etiam praedii privati conductor praelationem habet, in casu sc. quo praedium commune pluribus ab uno ex sociis, aut condominis locaretur extraneo; tum enim socio alteri, aut condomino jus praelationis addicit Stryck. *us. mod pand. h. tit.* §. 76. quod socii pro fratribus habeantur in jure; *l. verum est* 63. *pr. ff. pro socio*; fratres autem extraneis praeferantur; *arg. l. cum bona* 16. *ff. de red. auth. jud. possid.*

6

Dividitur 2. in perpetuam, et temporalem. *Perpetua* dicitur, in qua res utenda fruenda conceditur in perpetuum. *Temporalis* appellatur in qua tempus aliquod pro usu determinatum est; quod aliquando est modicum, puta triennium, quinquennium, vel aliud decennio minus; aliquando ad tempus longum, ad decennium sc. et plures annos. Locationem perpetuam aliqui confundunt cum emphyteusi; sed melius distinguitur; quod perpetuitas, etsi concurrentibus praesertim aliis conjecturis, praesumptio pro emphyteusi ex eadem formari valeat, reipsa tamen naturam locationis conductionis non destruat, quippe cum ex illa non hoc ipso concludatur translatio dominii utilis, quod tamen necessario transferre debet emphyteusis; clariss. P. Schmier. *tr. de pact. et contract. c.* 2. *n.* 303. *et seqq.*

7

Dividitur 3. in regularem, et irregularem. *Regularis* dicitur, quando id agitur, ut juxta regularem hujus contractus naturam res locata restituatur in specie. *Irregularis*, quando id agitur, ut contra naturam contractus tantundem, id est, res in genere restituatur; *l. in navem* 31. *ff. h. tit.* Stryck. *ad eund. tit.* §. 4. *et seqq.* clariss. P. Schmier *c. 2. cit. num.* 307. In priori dominium rei penes locatorem manet, in posteriori transfertur in conductorem, quae proin causa est, ut quidam putent eam, exuta substantia locationis, inducere naturam mutui, vel alterius contractus innominati. Lucem opinioni huic praefert *l. cum manu* 80. §. *fin. ff. de contrah. empt.* ubi diserte statuitur, contractum, in quo id agitur, ne dominium transeat ad emptorem, aut locationem esse aliud genus contractus: ex quo proinde per argumentum a sensu contrario videtur inferri, locationem non esse, quando id agitur, ut transferatur dominium. *Conf.* quando materia, in quam alter operam suam elocat, non est mea, non censetur esse locatio conductio; §. *item quæritur* 4. *inst. h. tit. l. locatio* 2. §. *adeo* 1. *ff. eod. l. Sabinus* 20. *l. convenit* 65. *ff. de contrah. empt.* atqui in locatione irregulari materia, in quam alter operam locat, non est mea, sed alterius fit, translato in eum dominio; ergo etc.

8

Dividitur 4. in locationem, rei, et in locationem facti. *Locatio rei* est, quando fundus, domus, jumentum, vestimentum etc. alicui utendum, aut fruendum pro mercede conceditur: quo casu *locator* is dicitur, qui rem dat; *conductor* autem, qui rem utendam aut fruendam accipit; *l. siquis* 9. *pr. et* §. *hic subjungi* 1. *l. sed addes* 19. §. *si dominus* 3. *l. sed in lege* 24. §. *si colonus* 1. *ff. tit.* *Facti locatio conductio* est, qua agitur, ut unus operam suam alteri, vel in re, vel in persona ejus praestet: unde duplicem communiter locationem operarum DD. subdividunt, in re sc. et in persona alterius. *In re* locatio operarum tunc fit, quando id agitur, ut quis alterius tabulam pingat, in area ejus aedincet insulam, ex auro illius conficiat annulum etc. et in hoc casu, sicut in locatione rerum, is locator salutatur, qui mercem accipit; qui vero dat, conductor dicitur. *In persona* autem locatio operarum contingit, quando in id convenitur, ut nauta, vel auriga se det ad me vehendum in quo casu aliqui contendunt, utrumque et locatorem, et conductorem sub diverso respectu appellari posse; alii vero cum Hoppio *ad pr. inst. h. tit.* existimant, in ordine ad actionem locati conducti illum locatorem dicendum, qui contractum inchoat, seque prius alteri obtulit; conductorem vero, qui placitum offerentis suscepit.

9

Dividitur 5. in expressam, et tacitam. *Expressa* est, quae perficitur expresso consensu; *tacita*, quae tacito consensu contrahitur. Exemplum locationis tacitae vulgare est, quando lapso tempore, quod locationi a contrahentibus definitum est, locator patitur conductorem adhuc re conducta uti, nec eam ab ipso repetit; censetur enim ex tacito utriusque partis consensu continuata locatio, in praediis rusticis quidem, quorum fructus tantum semel in anno proveniunt, ad unum integrum annum, in urbanis autem, quorum commoditas singulis momentis cedit, ad tempus domino lubitum; nam repetere poterit, quando voluerit, ut cum Bartol. *in l. item quaeritur* 13. §. *fin. ff. h. tit.* et aliis contendit Engl *hic n.* 9. vel ut meliori fortassis ratione docent Menoch. *l.* 3. *praesumpt.* 85. *n.* 1. *et seqq.* Stryck. *ad tit. praesent.* §. 68. Konig *hic n.* 17. clariss. P. Schmier. *de pact. et contract. c.* 2. *num.* 314. et alii plures, ad tantum tempus, quantum antecedenter in contractu expressum erat, aut alias in loco contractus determinari solebat: et videtur sententia haec juri conformior tum ob *l. item quaeritur* §. *fin. cit.* ubi notanter dicitur, quod *prout quisque habitaverit* (h. e. habitare solitus fuerit) ita et obligetur; tum quia in *l. qui ad certum* 14. *ff. h. tit* deciditur, quod, si locatio conductio cum expressione certi temporis facta sit, post tempus eodem modo, quo antea, renovata judicetur. *Excipitur*, quando in scriptis aliud tempus comprehensum est, in quod nempe, finita priori locatione, et nulla facta resignatione, seu renuntiatione locatoris, continuari locatio debeat; §. *fin. cit.*

Ceterae divisiones, quibus locatio conductio scinditur in *scriptam*, et *non scriptam*, in *puram*, et *non puram etc.* planae sunt, et ideo explanatione non indigent.

10

Quaeritur 4. quinam inire contractus locationis conductionis possint? Resp. Possunt omnes, qui emendi, vendendique facultatem habent, nisi specialiter prohibeantur, ut cum communi tradunt Bonacin. *de contract. D.* 3. *q.* 7. *p.* 1. *n.* 9. Haun. *tom.* 4. *de J. et J. tr.* 10. *n.* 457. Konig *hic n.* 7. Sunt autem in prohibitorum numero

1. *clerici*, *et religiosi*, quibus non licet conducere praedia laicorum; *can. pervenit* 1. *caus.* 21. *q.* 3. *et c. multa* 1. *ne cleric. vel monach.* Intellige, si conductio fiat in ordine ad lucrum, et quaestus causa; secus si ex causa necessitatis domesticae; *c. multa cit.* Panimoll. *decis.* 71. *n.* 26. *et seqq.* Konig *num.* 7. *cit.* clariss. P. Schmier *c.* 2. *cit. n.* 321.

11

2. *Milites*, ne sc. omisso armorum usu, ad opus rurale se conferant, cum potius armis occupari deceat; *l. milites* 31. *C. h. tit.* Idem dicendum de *curialibus*, qui obstricti, et obligati sunt curiae; *l. curialis* 30. *C. eod.*

3. *Tutores, et curatores*; nam hi quamdiu administrant, aut rationes tutelae, vel curatelae non reddiderunt, non admittuntur ad conducenda praedia fiscalia; *l. tutores* 49. *pr. et* §. *secundum* 1. *h. tit. l. un. C. ne tutor, vel curator vectig. conduc.* ne pupillus, aut fiscus damnum sentiat.

4. Fabri, vectores, aliique artifices, qui artem streperam exercent; nam hi prohibentur conducere domum vicinam habitationi magistrorum aut professorum, cum alias eorum voces confunderentur; *l. un. C. de stud. liberal. urb. Rom.* quae tamen prohibitio hodie in usu non est, nisi magistri reclament, ut cum Bonacin. *p.* 1. *cit. n.* 2. advertit Konig *n.* 7. *fin.*

12

Dub. 1. quisnam alteri praeferri debeat, si eadem res sit duobus locata? Resp. distinguendo, an res illa uni tantum sit promissa, alteri autem tradita, an vero utrique solum promissa, et neutri tradita. *Si primum*, praefertur ille, cui res titulo locationis conductionis tradita est; *arg. l. quoties* 15. *C. de R. V. Si secundum*, is erit potior, cui primitus res fuit promissa; *l. in operis* 26. *ff. l. si olei* 21. *C. h.* Zoes. *ad ff. h. tit. num.* 6. Lauterbach. *ibid.* §. 16. clariss. P. Schmier *c.* 2. *de pact. et contr. n.* 328. *et* 329.

13

Dub. 2. an primus conductor rem sibi locatam sublocare alteri possit? Resp. Affirmative, prout sumitur ex *l. si tibi* 7. *l. si cui* 48. *pr. ff. l. nemo* 6. *C. h. tit.* dummodo ad eundem usum, et aeque idoneo conductori locetur; Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 22. *num.* 2. Haun. *tom.* 4. *de J. et J. tr.* 10. *num.* 458. Vviestner *hic num.* 3. estque perinde, sive merces amplior, et major, sive minor constituatur; P. Schmier *l. cit. n.* 330. Quoad causam pignoris tamen distinctio est facienda inter sublocationem praedii urbani, et rustici; nam in sublocatione praedii rustici res secundi conductoris non sunt obligatae primo locatori, *sed fructus* tantum *in causa pignoris manent*, ut ait Paulus; *l. si in lege* 24. §. *si colonus* 1. *ff. h. tit.* et notat *ibid.* Brunnem. *num.* 3. *et seqq.* Stryck §. 65. P. Schmier *num.* 331. Contra in sublocatione praedii urbani res secundi conductoris oppignoratae sunt locatori non minus primo, quam

secundo; *l. solutum* 11. §. *solutam autem* 5. *ff. de pignorat. act.* Brunnem. *ad l. cit. C. n.* 3.

14

Dub. 3. an conductor, inscio, vel invito locatore, possit alium sibi socium in cubiculum a se conductum assumere? Resp. Cum distinctione inter id quod tenendum est de jure, et inter id, quod observatur de consuetudine; nam *de jure* dicendum est non posse, eo, quod majus incommodum sustineat locator, si duo socii in uno conclavi habitent, quam si unus. *De consuetudine* observatur sententia affirmans, praesertim in academiis, ubi studiosi plerumque solent assumere contubernalem, sciente, et non contradicente locatore; Stryck. *ad h. tit.* §. 74. P. Schmier *l. cit. num.* 333.

15

Quaeritur 5. quaenam res locari possint? Resp. Locari possunt res omnes, quae hominum commercio exemptae non sunt; *arg. l. si in emptione* 34. §. *omnium* 1. *ff. de contrah. empt.* Neque refert, quales illae sint, mobiles, an immobiles, corporales, vel incorporales, propriae, an alienae; nam etiam res alienae locari possunt; *l. siquis* 9. *pr. et* §. *fin. l. ex conducto* 15. §. *plane* 8. *ff. h. tit.* Ratio est, quia locatione, ut dixi, dominium non transfertur, sed tantum usus conceditur.

16

Proceditque hoc, etsi res illa, quae sic locatur, sit plane aliena, seu talis, in qua locator nec dominium, nec usum, aut usumfructum habet, ita tamen, ut casu, quo res talis locata ab eo, cui jura haec, vel aliquod illorum competit, evincatur, conductor locatorem convenire possit ad totum id, quod sua interest, re conducta uti, aut frui non posse, sive deinde bona, sive mala fide locaverit; *l. si tibi* 7. *et duob. seqq. ff. h. tit.* Liberatur tamen a praestatione interesse locator, si rem similem aeque bonam conductori praestet; *l. siquis* 9. *ff. eod.* vel justam ignorantiam doceat; *l. si fundus* 33. *ff. h. tit.*

17

Dub. 1. quaenam operae locari possint? Resp. Duplicis generis sunt operae, simplices, et praegnantes. *Simplices* sunt, quibus equidem impenditur labor corporalis, sed nullum opus producitur, cujusmodi sunt ire Romam etc. *Praegnantes* sunt, quibus opus aliquod externum producitur, v. g. pingere tabulam, fabricare calicem, construere domum etc. Utriusque generis operae locari possunt, si tamen honestae sint, et mercenariae: *honestae* debent esse quia conductio operae, vel operis turpis involvit peccatum, nec

obligationem parit, cum ad delinquendum nulla dari obligatio possit: *mercenariae*, autem; nam *operae non mercenariae*, seu *liberales*, quales sunt, quae viribus potius ingenii, seu animi, quam labore corporis expediuntur, veluti docere, orare, mederi etc. cum aestimationem non recipiant, non locantur, et quod pro iis solvitur, non ut merces solvitur, sed ut honorarium, vel salarium; *l. qui operas* 38. §. *advocati* 1. *ff. h. tit. l. praes.* 1. §. *proinde* 5. *ff. de extraord. cognit.* quod propterea non petitur *actione conducti*, sed vel *condictione certi*, si certum quid promissum sit; vel *ex stipulatu*, si in facto consistat, quod promissum est; vel *condictione ex moribus*, si promissum est nudo dumtaxat pacto; vel denique *officio judicis*; Azor. *in summ. C. h. tit.* Konig *hic n.* 14.

18

Dub. 2. an quis in perpetuum alteri locare operam suam possit? Negant Dynus, Cynus, Jacobus de Arena, et alii non pauci, quos refert, et sequitur Sichard. 14. *C. h. tit. n.* 6. 9. ex ratione, quod non valeat pactum, quo quis se servum facit; *arg. l. conventio* 37. *ff. de liberal. caus. l. nec si volens* 6. *et l. interrogatam* 24. *C. h. tit.* at in perpetuum operas suas locare alteri, speciem quandam servitutis habet; *l. nihil* 2. *ff. de hom. lib. exhibend.* Sed communi DD. calculo teste Covar. *de sponsal. p.* 2. *c.* 7. *n.* 5. Coler. *de process. execut. p.* 1. *c.* 9. *n.* 27. et aliis apud Harpprecht *princ. inst. h. tit. n.* 38. recepta est sententia affirmans; quia longe diversa sunt esse servum, et esse famulum, et longe minus servitutis speciem habet addicere suas operas in perpetuum alteri, quam in perpetuum se subjicere jurisdictioni alterius, quod tamen indubitato est licitum.

19

Dub. 3. utrum nobiles possint operas subditorum suorum, quibus ipsi non indigent, aliis locare, vel delegare? Resp. cum Berlich *decis aur.* 67. *pag.* 222. *et seq.* negative. *Ratio est*, quia hae operae sunt obsequiales, seu officiales; operae autem officiales delegari non possunt. Item sunt servitia realia, ac praediis inhaerent, ut adeo illi tantum debeantur, ad cujus dominium directum praedia spectant. *Conf.* a paritate; quia dominus feudi vasallos invitos alienare, et delegare non potest. *Excipiunt* aliqui, si necessitas foret, v. g. si dominus sine sua culpa aere alieno oppressus esset; tum enim putant posse illum pro subsidio charitativo subditis suis mandare, ut servitia illa personalia, quae sibi debentur, pro mercede exhibeant aliis. Sed quia difficulter probatur subsidii hujus charitativi obligatio, idcirco videtur etiam hoc casu standum jure communi.

20

Dub. 4. quaenam aliae res locari nequeant? Resp. 1. *res propriae* ipsius conductoris; *l. qui rem* 20. *C. h. t.* quia cum proprium dominii sit posse re sua uti, pro ejus usu mercedem a domino praestari iniquum foret. *Excipitur*, quando dominus res suas pignoris, aut alio jure in alium transtulit; nam has conducere ab isto potest; *l. cum et sortis* 35. §. *pignus* 1. *l. si pignus* 37. *ff. de pign. act. l. res pignoris* 37. *ff. de acquir. vel amit. pos.*

2. *Servitus praedialis*, nisi locetur cum praedio, seu fundo, cui adhaeret; *l. locare* 44. *ff. h. t.* Aliud dicendum de servitutibus personalibus; nam hae separatim recte locantur; *l. siquis* 9. §. *hic subjungi* 1. *ff. eod.* Idem dicendum de usufructu, et habitatione; nam etiam ipsae locari possunt ab iis, quibus jura haec competunt; §. *si cui* 5. *inst. de us. et habit.* ita tamen, ut casu, quo ususfructuarius, qui usumfructum (et idem est de habitatione) locavit, intra tempus, pro quo facta locatio est, moriatur cum usufructu etiam exspiret locatio, adeo, ut haeres locatoris eo casu non ad interesse, sed ad solam mercedem pro rata temporis, quo conductor re amplius uti non potest, remittendam teneatur, et ratio est, quia tempus ab usufructuario locatore praefixum habet sibi adjectam hanc tacitam conditionem *si tamdiu vixerit*; cum enim ususfructus sit personalis, et cum persona exspiret §. *finitus* 3. *inst. de usuf.* ideo locum habet axioma, quod *resoluto jure dantis resolvatur etiam jus accipientis.*

21

3. *Res fungibiles*, praeterquam ad pompam, et ostentationem; *arg. l. si mihi* 3. §. *fin. ff. commod.* quia locatione, si regularis illa sit, res conceditur ad usum, ut elapso termino restituatur; res autem fungibiles, ad usum proprium concessae, restitui nequeunt, cum usu consumantur; Azor. *p.* 3. *l.* 8. *de loc. c.* 4. *q.* 6. *et* 7.

4. *Jus cudendae monetae*, quod qui habent, alteri vendere, locare, vel cedere prohibentur, et qui contra fecerint gratia caesarea et jure monetae excidunt: conductores vero decem auri marcis mulctantur; *recess. imp. de anno* 1551. *so haben bir uns auch.* 46. *de anno* 1559. §. *ferner als sich. auch* 175. *et de anno* 1570. §. *als dann* 132. Sed adversus hanc legem, ut Stryck *ad ff. h. t.* §. 67. notat, ubivis hodie peccatur; quia laesio, damnumve, cui occasionem cessiones ejusmodi faciunt, solis subditis, locupletatio vero solis principibus obvenit.

22

5. *Jurisdictio*, non quidem temporalis, et patrimonialis (haec enim hodiernis moribus aut separatim locari potest, aut una cum territorio, cui connexa est censetur locata. Stryck §. 67. *cit.* Lauter.

ibid. §. 20. claris. P. Schm. *n. 2. de pact. et contr. n.* 336.) sed ecclesiastica, propter qualitatem spiritualem per *rubr. et text. ne praelat. vic. suas etc.* ubi pluribus hoc explicabitur.

6. *Res ecclesiarum*, et aliorum piorum locorum, etiam temporales, si *immobiles* sint, *aut mobiles pretiosae*, quae servando servari possunt; nam ut istae ultra triennium locari possint, opus est, ut interveniat causa justa, et solemnitates canonicae, ut *inf. a n.* 23. dicetur.

23

Quaeritur 6. qualis debeat esse merces locationis? Resp. 1. debet esse *vera*, non ficta, et simulata; atque ideo locatio pro uno nummo facta est nulla: si tamen serio quid voluerint agere contrahentes donationis vim obtinet; *l. sicut* 20. *et l. si quis* 46. *ff. h. t.*

2. *Certa,* certitudine vel absoluta, qualis est, cum contrahentes ipsi mercedem designant; vel relativa, quando eo referunt, unde certificari potest; §. *et quae* 1. *inst. h. t. et l. si merces* 25. *ff. eod.* Unde siquis alteri equum, fundum, vel domum suam locaverit, nulla expressa certa mercede, vel cum pacto, ut praestetur merces justa, aut illa, de qua postea inter contrahentes conveniet, non locatio conductio, sed contractus innominatus censeri debet; §. *et quae cit.* neque inde actio bonae fidei, sed praescriptis verbis competet; *l. si sibi* 22. *ff. de praescr. verb.* nisi lege, vel moribus certa merces determinata sit; Gomez *to.* 2. *var. c.* 3. *n.* 4. Konig *hic n.* 15. Schm. *c.* 2. *de pact. et contr. n.* 344.

24

3. *Justa,* ut aequivaleat usui rei, aut operae hominis; Lauter. *ff. h. t.* §. 33. Konig *n.* 15. *cit.* Schm. *n.* 345. Si injusta sit merces, etiam locatio injusta erit, sed non irrita, irritabilis tamen, si vel dolus alterius intervenerit, *tot. t. ff. de dol. mal.* vel alteruter ultra dimidium laesus fuerit; nam ut *t. praec. n.* 207. dixi beneficium, *l. rem majoris* 2. *C. de resc. vend.* in hoc etiam contractu locum nanciscitur, ob rationis paritatem, et *arg. pr. inst. h. t. et l. locatio* 2. *ff. eod.*

25

Dubium est utrum sicut pretium in emptione, ita merces, seu pensio in locatione in pecunia tantum numerata, an etiam in aliis rebus fungibilibus consistat? Tres sunt sententiae.

Prima pro mercede locationis requirit pecuniam numeratam. Ita Gomez *to.* 2. *var. c.* 3. *n.* 3. *vers. item quaero*, Mantic. *de tacit. et amb. conv. l.* 5. *t.* 1. *n.* 11. *et t.* 2. *n.* 25. Less. *l.* 2. *de just. c.* 24. *n.* 1. Fach. *l.* 2. *contr. c.* 82. *vers. sed haec et similia*, et alii plures apud Haun. *to.* 4. *de J. et J. tr.* 10. *n.* 438. Fundantur 1. *l. deposi-*

tum 1. §. *siquis servum* 9. *ff. deposit.* ubi dicitur, si pro servo custodiendo pecunia detur, vel accipiatur, locationem esse, secus, si operae servi cum custodia compensentur. 2. *l. naturalis* 5. §. *at cum do* 2. *ff. de praescr. verb.* ubi Paulus, *At cum do*, inquit, *ut facias*, *si tale sit factum*, *quod locari solet - - pecunia data*, *locatio erit - - si res, non erit locatio:* sicque discrimen inter locationem, et contractum innominatum, *do*, *ut facias*, hoc constituitur, quod in illa solvatur pecunia, in isto res; *l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *ff. h. t.* 3. ubi dicitur, quod si colonus partiarius non pro pecunia, sed pro parte fructuum usum fundi obtineat, contractus talis speciem societatis induat.

26

Secunda sententia contendit mercedem locationis constitui posse non solum in pecunia numerata, sed in quavis alia re fungibili, puta, vino, oleo, frumento etc. Ita Vultejus *pr. inst. h. t. n.* 14. Corras. *miscell. l.* 2. *c.* 11. Valasc. *de jur. emphyt. q.* 20. *n.* 5. Val. *hic* §. 1. *n.* 2. Zoes. *ad ff. ib. n.* 5. Vvidmont *de contr. t.* 12. *n.* 3. et alii plures apud Barb. *in rubr. h. t. n.* 7. et Haun. *l. cit. vers. secunda sententia,* ubi ipsemet eam sequitur, et deducit per complures *n. seq.* Nituntur 1. *l. si olei* 2. *C. h. t.* ubi impp. *si olei* (inquiunt) *certa ponderatione fructus anni locasti*, *de contractu bonae fidei habito propter hoc solum*, *quod alter majorem obtulit ponderationem*, *recedi non oportet*: posset autem recedi, si quod adversarii volunt, hoc casu non locatio, sed contractus innominatus foret. 2. *l. et haec distinctio* 35. *ff. eod.* ubi Africanus JCtus respondit, tunc etiam conductionem esse, quod ita inter contrahentes convenit, *ut fructus mercedis nomine pensaretur.* 3. *l. licet* 8. *C. eod* ubi proponitur fundus *certis annuis quantitatibus* locatus conductus: quae verba non magis ad mercedem in pecunia, quam in fructibus applicari possunt.

27

Tertia sententia, et meo judicio probabilior cum Hilliger *ad Bonel. comment. l.* 13. *c.* 16. *lit. J. in notat.* Bachov. *ad Treutler. col.* 1. *D.* 29. *th.* 3. *lit. G.* Brunem. *ad l. si olei cit. n.* 2. Konig *hic n.* 16. claris. P. Schm. *c.* 2. *de pact. et contr. n.* 348. *et* 349. distinguit inter locationem operae, et inter locationem rei, et quoad hanc inter locationem rei frugiferae, et non frugiferae? *In locatione operae*, *et rei non frugiferae* merces in pecunia numerata debet consistere, prout bene probant textus pro prima sententia allegati. Contra in *locatione rei frugiferae* v. g. vineae, agri, oliveti etc. merces consistere potest in re aliqua, fungibili tamen, e. g. in certa parte fructuum per jura allata pro secunda sententia. Addidi *fungibili tamen*, seu tali, quae usu quotidiano consumitur; nam si constituatur

in re non fungibili, et ego e. g. alicui agrum meum utendum concedam, ut ille mihi vicissim bovem, aut equum det, vel solum quoad usum, non locatio erit, sed contractus innominatus, nec solo consensu perficietur, sed tunc primum, cum res actualiter simul tradita fuerit juxta naturam contractuum innominatorum; *§. praeterea inst. h. t. l. si pecuniam 5. ff. de cond. caus. dat.* Engl. *hic n.* 1.

28

Quaeritur 7. ad quod tempus res ecclesiae locari possint sine solemnitatibus in *clem.* 1. *extrav. ambitiosae de reb. eccl. non alien.* requisitis? *Certum est,* prohibitas esse locationes rerum ecclesiae immobilium, et mobilium pretiosarum ad tempus longum; contra permissas ad tempus breve, etsi fiant sine solemnitate canonica.

Dubium 1. est, quodnam tempus sit ita breve censendum, ut ultra illud extensa locatio indigeat solemnitate canonica? Resp. hic distinguendum esse inter jus antiquum, et novum; nam *jure antiquo* tempus breve in proposita materia censebatur tempus quodcunque decennio minus; *arg. c. fin. Ne prael. vic. suas etc.* glos. *fin. clem. cit.* Azor *p.* 2. *l.* 7. *c.* 10. *q.* 3. Barb. *l.* 3. *jur. eccl. c.* 30. *n.* 30. Pirh. *hic n.* 21. Vviest. *n.* 6. alii passim. *Jure novo* locationes ejusmodi rerum ultra triennium, si absque solemnitatibus, et consensu apostolico fiant, prohibentur; ut praeter *cit.* recte advertit Gibalin. *to.* 2. *de negot. l.* 4. *cap.* 8. *art.* 4. *cons.* 11. *n.* 5. Zoes. *hic n.* 20. Schamb. *n.* 2. et patet per *extrav. cit.*

29

Et hoc jus hodie observandum est, ut recte monet Navarr. *man. c.* 27. *n.* 149. *Excipitur* 1. ubi constitutio haec non recepta, aut per non usum, vel contrarium usum derogatum eidem est; nam in talibus locis absque solemnitate locationes rerum ecclesiasticarum ad novennium fieri hodiedum possunt. *Ecipiuntur* 2. res modicae, et exigui valoris; nam istae locari possunt non ad decennium tantum, sed ad quodcumque tempus, cum omnino alienari possint.

Porro triennium hoc accipi debet formaliter, h. e. pro utili, et fructuoso. Unde si fundus aliquis alternis tantum annis est fertilis ad sexennium; si tertio quoque anno ex eo integri fructus percipiantur, ad novennium sine solemnitate locabilis est, quod annus in locatione non ex simplici decursu temporis, sed ex decursu cum proventu fructuum taxari debeat; Covar. *l.* 2. *var. c.* 16. *n.* 5. Mantic. *de tacit. et ambig. convent. tom.* 1. *l.* 5. *tit.* 3. *n.* 22. Azor *p.* 2. *l.* 7. *c.* 10. *q.* 8. *et l.* 9. *c.* 2. *q.* 2. Quarant. *V. alienatio n.* 18. Barbos. *l.* 3. *jur. ecc. c.* 17. *n.* 73. Gibalin. *tom.* 2. *de negot. l.* 4. *c.* 8. *art.* 4. *consect.* 11. *n.* 8. Pignatell. *tom.* 4. *cons.* 223. Vvidmont *de contract. tit.* 12. *n.* 20. Konig *hic n.* 12.

30

Dub. 2. an in locis, ubi *extrav. cit.* est usu recepta praedium ecclesiasticum ad tria triennia, et ubi non est recepta, ad tria novennia locari valide possit, addito pacto, ut finito uno triennio, vel novennio, locatio censeri debeat renovata ad aliud triennium, vel novennium? Idem est, si locatio una, eademque die fiat diversis e. g. Titio pro primo triennio, Cajo pro secundo, Mevio pro tertio; Baldus in *l. voluntas* 4. *C. de fideicommiss.* putat hujusmodi locationes validas esse etiam quoad triennium, vel novennium secundum, et tertium, ex ratione, quod tali conventione non una, sed tres locationes ineantur, quarum singulae extendantur ad tempus a jure permissum.

Sed melius dicitur ejusmodi locationes rerum ecclesiasticarum prohibitarum alienari, si sine solemnitate jure requisita fiant, invalidas esse. Ita Covar. *l.* 2. *var. c.* 16. *n.* 4. Valasc. *de jur. empt. q.* 29. *n.* 15. Azor. *p.* 2. *l.* 9. *c.* 2. *q.* 3. *et p.* 3. *l.* 8. *de locat. c. q.* 3. Vasq. *de reditib. c.* 2. §. 2. *n.* 25. Molin. *tr.* 2. *de J. et J. D.* 466. *n.* 11. Barb. *de offic. episc. alleg.* 95. *n.* 17. Giballin. *tom.* 2. *de negot. l.* 4. *c.* 8. *art.* 4. *consect.* 11. *n.* 6. Pignatell. *tom.* 6. *cons.* 95. *n.* 234. *et seq.* Zoes. *hic n.* 6. Pirh. *n.* 22. Schamb. *n.* 3. Konig. *n.* 12. Vviest. *n.* 8. et colligitur ex *novell.* 7. *c.* 3. *in fin.* ubi nullum dicitur esse pactum ea conditione factum, ut is, qui res ad ecclesias constantinopolitanas pertinentes in emphyteusim concessit, teneatur postea illas concedere haeredibus accipientis: et ratio ibidem additur; quia hoc nihil aliud est, quam per revolutionem, et machinationem perpetuas eis emphyteuses, magis autem privationes ecclesiasticarum agi rerum: atqui ratio ista aeque militat adversus locationes in dubitatione propositas; revera enim res ecclesiastica locatur ultra tempus a jure definitum. *Conf.* quia hujusmodi pactum adjectum locationi fit in fraudem legis, et sic quod una via prohibitum est, contra intentionem legislatoris obtinetur per alteram contra *reg. cum quid* 84. *in* 6.

Neque vim habet argumentum Baldi; quantumvis enim non una, sed tres triennales, vel novennales locationes sint, revera tamen praedium ecclesiasticum per eas ultra triennium, aut ad longum tempus locaretur, et conduceretur.

31

Dub. 3. an hujusmodi locatio ad triennia, vel novennia etiam irrita sit quoad triennium, et novennium primum? Tres sunt sententiae.

Prima vult illam vitiari in totum. Ita Bartol. *in auth. qui rem C. de ss. eccl. n.* 7. Navarr. *de alien. rer. eccl. n.* 21. Covar. *l.* 2. *var. c.* 16. *n.* 5. Azor *p.* 2. *l.* 7. *c.* 10. *q.* 4. *et l.* 9. *c.* 4.

Valasc. *de jur. emphyt. q.* 29. *n.* 15. Mantic. *de tacit. et ambig. convent. l.* 5. *tit.* 5. *princ.* Stephan. Gratian. *discept. forens. c.* 126. *n.* 22. Vasq. §. 2. *cit. a n.* 28. Gibalin *consect.* 11. *cit. n.* 7. fundantur 1. *Clem.* 1. *de reb. eccl. non alien.* ubi dicitur, ex locatione, ultra tempus a jure permissum extensa *recipienti jus aliquod non acquiri*; et multo clarius *extrav. ambitiosae eod.* ubi statuitur, quod locatio, ultra triennium sine praescripta solemnitate facta, *nullius omnino sit roboris, vel momenti.* 2. *novell.* 8. *c.* 3. *pr.* ubi emphyteusi, ultra legitimum tempus datae, robur adimitur; et *c.* 7. illam accipere praesumens dicitur ab emphyteusi cadere. 3. *ratione*; quia solemnitas in locatione rerum ecclesiae ultra triennium ad formam illius pertinet; forma autem cum sit individua, evitari non potest dividendo per plura tempora. 4. *natura ipsius locationis*, quae est, ut sit contractus reciprocus pendens a voluntate duorum: atqui hujusmodi contractus, si non valent, ut fiunt, neque valent, ut fieri potuerunt, cum videatur intrare axioma vulgare, *quod potui, nolui, et quod volui, non potui.*

32

Secunda sententia affirmat hujusmodi locationem subsistere saltem pro primo triennio, vel novennio. Ita Bald. *in auth. siquas ruinas C. de ss. eccl.* Tusch. *pratic. V. locatio concl.* 406. *n.* 2. Ricc. *res.* 102. *n.* 3. Molin. *tr.* 2. *de J. et J. D.* 467. *n.* 3. Rebell. *de obl. just. p.* 2. *l.* 14. *q.* 6. Pirh. *hic n.* 22. Nituntur praecipue *reg.* 37. *in* 6. quia in iis, quae separari possunt, *utile per inutile vitiari non debet*: atqui in proposito tempus quoad excessum commode separari potest a tempore jure permisso: ergo licet ejusmodi locatio non valeat quoad secundum, et tertium triennium, vel novennium, valebit tamen quoad primum. *Conf.* a pari cum donatione ultra 500. solidos facta absque insinuatione, quae licet invalida sit quoad excessum, valida tamen manet quoad summam jure permissam; *l. sancimus* 34. *pr. et l. siquis* 36. §. *fin. C. de donat.* item cum indulgentiis concessis ab episcopo ultra tempus ipsi permissum, valet tamen quoad annum a ss. canonibus ipsi indultum, ut *in c. fin. de poenit. et remiss. in* 6. notat gloss. *fin.* et Barbos. *ibid. n.* 2. igitur valebit etiam locatio quoad primum triennium, vel novennium, licet non valeat quoad secundum, et tertium.

33

Tertia sententia, quam defendunt Quarant. *V. alienatio n.* 18. Barbos. *de offic. episc. alleg.* 95. *n.* 11. Donat. *tom.* 1. *prax. reg. p.* 2. *tr.* 14. *q.* 42. *n.* 2. Engl. *tit. de reb. eccl. non alien. n.* 12. Zoes. *hic n.* 5. Scambog. *n.* 3. Konig *n.* 12. est inter utramque priorem media, et quia easdem ope distinctionis satis bene combi-

nat, videtur ceteris praeferenda. Vel enim locatio ejusmodi individua est, itaque inita, ut ex mente contrahentium non nisi pro triplicato triennio, vel novennio toto teneat; vel contra est dividua, itaque nita, uti primo triennio finito, incipiat nova locatio. *Si primum*, locatio neque pro primo triennio, vel novennio valet: quod bene probant argumenta primae sententiae: *si secundum*, valet pro primo, et non pro reliquis. *Neque obstat*, quod *clem. et extrav. cit.* dispositio generalis sit; nam leges, etsi loquantur generaliter, non tamen improbare censentur, quae aliis legibus permissa sunt, ut sic correctio juris vitetur, quam leges oderunt. Porro individua locatio tunc praesumetur facta, quando ita fit, ut ex conventione non nisi una merces pro toto tempore solvi debeat; dividua autem, si annua, seu singulis annis respondens locationis pensio esset solvenda.

34

Quaeritur 8. ad quod tempus locari alteri possint fructus, sive reditus ecclesiastici? Resp. distinguendum esse inter fructus, et reditus ipsarum ecclesiarum, et inter fructus, et reditus beneficiales, seu pertinentes ad mensam rectoris ecclesiae. Et hinc

Dub. 1. ad quod tempus locari alteri possint fructus, et reditus pertinentes ad ipsas ecclesias? Videntur hodiedum locari posse ultra triennium, non obstante *extr. ambitiosae cit.* quia haec solum prohibet alienationem *rerum, et bonorum ecclesiasticorum*: quibus res, et bona, seu possessiones ecclesiarum, non vero fructus, et reditus ex his provenientes comprehendi videntur.

Sed dicendum, fructus, et reditus pertinentes ad ipsas ecclesias a praelato, vel rectore ecclesiae ultra triennium locari non posse, posse infra triennium. Ita Gutier. *l.* 1. *can. q. c.* 8. *n.* 14. Azor *p.* 2. *l.* 7. *c.* 10. *q.* 3. Less. *l.* 2. *de just. c.* 24. *n.* 68. Bonac. *de contract. D.* 3. *q.* 8. *p.* 4. *n.* 32. *vers falsum vero*, Barb. *alleg.* 95. *n.* 20. Vviest. *hic n.* 12. estque hoc teste communis DD. sententia, quam tribunalium praxi, et rotae decisionibus firmat Barb. *l. cit.*

35

Pars 1. non obscure insinuatur *extrav. cit. ubi omnium rerum, et bonorum*, ac proinde etiam fructuum ecclesiasticorum locatio triennali major vetatur; neque enim verum est, quod *rerum, et bonorum* nomine comprehendantur solae possessiones: imo eo nomine etiam fructus comprehendi clare indicat exceptio ejusdem *extrav.* permittens alienationem *fructuum, et bonorum, quae servando servari non possunt, pro instantis temporis exigentia*; cum igitur exceptio firmet regulam in casibus non exceptis, dicendum alienari, et cons. locari tantum posse fructus, qui servando servari nequeunt: tales autem

non sunt fructus post locationis triennium provenientes, utpote qui nondum extant : ergo etc.

Pars altera constat ex *c. vestra* 2. *h. tit.* ubi permittuntur hujusmodi fructus *locari libere*, modo ejusmodi locatio non *extendatur ad feudum, vel alienationem* perpetuam, seu ad longum tempus : igitur ad breve tempus locari poterunt : et tale juxta *extrav. cit.* est triennium, ut dixi *supra n.* 28. *Proceditque hoc*, ut *c. vestra cit.* habetur *statuto contrario non obstante*; quia licet episcopus cum capitulo suo cathedrali possit condere statuta in iis, quae pertinent ad jurisdictionem suam, non tamen potest statuto suo ecclesiis sibi subjectis, harumque rectoribus auferre privilegium a jure indultum juxta *reg.* 17. *in* 6. et tale est privilegium locandi fructus, et res ecclesiae ad tempus breve.

36

Dub. 2. ad quod tempus locari alteri possint fructus rerum beneficialium, pertinentes ad mensam rectoris ecclesiae? *Negant* ultra triennium sine consensu apostolico locari posse, Emman. Sa *V. conductio n.* 13. Gutier. *l.* 1. *can. qq. c.* 8. *n.* 14. Barbos. *alleg.* 95. *n.* 20. Fundantur 1. verbis *extrav. cit. princ.* ubi loquitur de bonis, *ex quibus ecclesiae*, *monasteria*, *et pia loca reguntur*, *illustranturque*, *et eorum ministri sibi alimoniam vendicant.* Talia autem bona sunt reditus beneficiales, et fructus destinati mensae, seu ad sustentationem rectoris ecclesiae : ergo nec isti ultra triennium sine solemnitate canonica locari possunt. 2. *Extrav. cit.* prohibentur alienari, et ultra triennium locari bona, et res ecclesiasticae quaecunque : inter res autem, et bona ecclesiastica etiam sunt reditus, et fructus pertinentes ad mensam rectoris ecclesiae. 3. si reditus beneficiales ad longum tempus locare beneficiarii possent, facile posset contingere, ut sustentatione necessaria successu temporis vel ipsi, vel successores eorum carerent, si videlicet merces locationis de praesenti acciperetur, et haec consumeretur. Atqui hoc tolerari non potest; quia cederet in dedecus ecclesiae : ergo etc.

37

Sed his non obstantibus, probabilius fructus, et reditus beneficiales, qui ad mensam rectoris ecclesiae spectant, ultra triennium locari possunt. Ita Abb. *in c.* 2. *n.* 7. *de his, quae fiunt a praelat.* Covar. *l.* 2. *var. c.* 16. *n.* 6. *vers. sexto.* Vasq. *de reditib. c.* 1. §. 2. *num.* 34. Zerol. *prax. episc. p.* 1. *V. alienatio* §. 3. Molin. *tr.* 2. *de J. et J.* 466. *n.* 7. Pal. *tr.* 12. *D. un. p.* 14. *n.* 13. Gibalin. *tom.* 2. *de negot. l.* 4. *cap.* 8. *art.* 4. *consect.* 11. *n.* 9. Pirh. *hic n.* 26. *princ.* Schambog. *n.* 3. Vviest. *n.* 11. Ratio est, quia *extrav. cit.* Paulus II. consulere voluit indemnitati ecclesiarum, monasterio-

rum, et aliorum piorum locorum, et propterea agit de bonis, quorum alienatio cedit in detrimentum dictorum locorum, et cultus divini. Atqui per locationem redituum, et fructuum pertinentium ad mensam, seu sustentationem rectoris ecclesiae, nullum ecclesiae, monasteria etc. patiuntur detrimentum, nec diminuitur cultus divinus: ergo istorum locatio in dispositione *extrav. cit.* non comprehenditur, et cons. ultra triennium fieri potest.

38

Ad argumenta adversae sententiae facile respondetur. *Ad* 1. nomine *ministrorum* in *extrav. cit.* intelliguntur non clerici beneficiarii, aut praelati, vel rectores ecclesiarum, sed ceteri, qui ecclesiis, vel monasteriis serviunt, et ab iis ex fructibus rerum locari prohibitarum stipendia sustentationis accipiunt. *Ad* 2. prohibitio ejusdem *extrav.* afficit solum illos, qui ultra triennium absque solemnitate canonica locant reditus, et fructus spectantes ad ipsas ecclesias, vel monasteria, non vero ad illos, qui locant fructus, et reditus spectantes ad mensam, vel sustentationem suam. *Ad* 3. ne successor ex tali locatione patiatur damnum, aut ipse beneficiarius, vel rector ecclesiae per eam careat necessaria sustentatione, satis provisum est a trid. dum *sess.* 25. *c.* 11. *de reformat.* irritat locationes illas, quae fiunt *anticipatis solutionibus*, vel successoribus praejudicare possunt. Unde non facile aliquis ejusmodi reditus ad longum tempus, et anticipata solutione conducet: et si conduceret, damnum, quod pateretur, sibi deberet imputare, cum scire debuerit, et potuerit, quod locatio obitu, resignatione etc. locatoris finiatur, et fructus, post locatoris obitum provenientes, ad successorem pertineant.

39

Dub. 3. an locationi, quam praelatus, vel rector ecclesiae fecit, teneatur stare ejusdem successor? Resp. cum distinctione: Vel enim facta est locatio fructuum pertinentium ad ipsas ecclesias, vel eorum, qui ad mensam tantum praelati, vel rectoris ecclesiae spectant. *Si hoc secundum,* non tenetur tali locationi stare ejusdem successor per textus, aut *arg. c. fin. ne praelat. vic. suas etc.* et notant *ibidem* gloss. *V. statutum terminum*, Covar. *l.* 2. *var. c.* 15. *n.* 6. *vers. secundum,* Pal. *tr.* 12. *D. un. par.* 14. *n.* 13. Vall. *hic* §. *n.* 6. Honor. *n.* 5. Engl *n.* 9. *vers. quarto.* Pirh. *n.* 26. Schamb. *n.* 4. Vviest. *n.* 15. Proceditque hoc, etsi locatio facta sit ad tempus non longum, videlicet infra triennium, vel decennium. Ratio est, quia locatio hoc casu facta est nomine, et de jure proprio, quod jus et nomen cum respectu rei locatae extinguatur morte, vel resignatione rectoris, necesse est, ut exspiret etiam ipsa locatio. Excipitur,

si res non amplius esset integra, ut si consiti sint agri, si pendeant fructus, vel inchoatus sit annus; Vall. *n.* 6. *cit.*

40

Si primum, iterum distinguendum est, an locatio legitime, et secundum jura, an contra illa sit inita. *Si contra jus*, ligare successorem non potest; quia etiam non ligat locatorem, utpote invalida. *Si secundum jura est inita*, successor in dignitate, vel officio tali locationi stare tenetur; Abb. *in c. fin. cit. n.* 5. Covar. *n.* 6. *vers. primum*, Pirh. *n.* 24. *hic*, cum aliis *supra*. Ratio est, quia talis locator est legitimus administrator ecclesiae et rerum ad ecclesiam pertinentium: ergo si ad triennium, vel ultra, cum solemnitate canonica tamen, res ecclesiae locet alteri, validus est contractus. Contractui autem valido, ab administratore nomine ecclesiae inito, stare successor in officio, vel dignitate debet.: ergo etc. *Conf.* nam praelatus, et rector ecclesiae respectu rerum ecclesiae, suae administrationi commissarum, se habet, sicut tutor respectu sui pupilli. Atqui si tutor nomine pupilli contractum valide iniit, stare eidem debet etiam tutor, qui eidem succedit in officio, imo ipse pupillus; *arg. l. si tutelae 8. ff. de administr. tutor.*

41

Proceditque hoc, etsi praelatus, vel rector ecclesiae, qui locavit, tantum ad triennium, vel etiam ad unum solummodo annum sit constitutus; adhuc enim stare locationi, nomine ecclesiae, monasterii, etc. per ipsum legitime factae, successor debet, ut recte advertit Covar. *c.* 15. *cit. n.* 6. *vers. ex hoc apparet*, Laym. *de reb. eccl. non alien. n.* 80. Pirh. *n.* 25. *hic*, et probat ratio; alioquin enim praelatus, vel rector non haberent sufficientem, et legitimam potestatem administrandi, et deciperentur, qui cum eodem hujusmodi contractus ineunt.

Excipitur tamen, nisi successor, vel ecclesia se laesam ex tali contractu esse probare possint; tunc enim recurrere possunt ad beneficium restitutionis in integrum intra tempus quadriennii a jure definitum; *c. requisivit* 1. *et c. auditis* 3. *de in integr. restit.*

42

Dub. 4. an, et quando contractui locationis stare debeant successores alii? Resp. distinguendo inter successorem universalem, et particularem. *Successor universalis*, qualis est haeres, tenetur stare locatione facta a suo praedecessore, uti et haeres conductoris, *l. viam* 10. *C. hoc tit.* et ratio est, quia repraesentant personam defuncti, et succedunt in ejus obligationes. *Excipitur*, nisi in contractu appositum fuerit, *quoad voluerit is*, *qui locavit*; tunc enim solvitur morte locatoris; *l. locatio* 4. *ff. eod.* quia voluntas cum vita

cessare censetur: et hinc cum concedente etiam exspirant gratiae, facultates, et privilegia, si hoc modo concessa fuerint, prout dicetur *l.* 5. *tit.* 33. *Extenditur* etiam ad casum, quo in bona vel omnia, vel aliquotam illorum partem, v. gr. dimidiam, tertiam, aut quartam succedit fiscus, et locatio ante delictum facta est; nam etiam ipse stare debet contractu locatoris condemnati, prout sumitur ex *l. tutoris* 2. *C. ad leg. Jul. de vi publ.* et ratio est, quia hoc casu et ipse successor universalis est.

43

Contra *successor particularis* regulariter stare contractu locationis, a praedecessore factae, non tenetur; *l. emptorem* 9. *C. hoc tit. l. si merces* 25. §. *qui fundum* 1. *et l. qui fundum* 32. *ff. eod.* Ratio est, quia actio ex hoc contractu personalis est, adeoque ad successorem particularem non transit. Ex quo sequitur, si locator vendidit rem locatam alicui tertio, quod non teneatur emptor pati conductorem in re conducta, sed possit illum expellere, etiamsi tempus conductionis necdum elapsum sit: et idem est de legatario, usufructuario, emphyteuta, etc. Venditor tamen, sive dominus, qui fundum ante tempus locationis elapsum vendidit, aut tradidit usumfructum, etc. eo casu, quo a fundo conducto expellitur, tenetur conductori praestare, quantum ipsius interest, quod re conducta uti non possit; *l. ex conducto* 15. §. *ubicunque* 7. *l. si in lege* 24. §. *colonus* 4. *l. si fundus* 33. *ff. eod.* Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 22. *n.* 10. Haun. *tom.* 4. *de J. et J. tr.* 10. *n.* 470. Engl *hic n.* 9. *vers. si locator.* Konig *hic n.* 25.

44

Dixi *regulariter*; nec enim desunt casus, quibus successor particularis stare contractu locationis, ab antecessore factae, debet. Et 1. quidem, quando locator in ipsa donatione, venditione, etc. rei alteri locatae donatario, vel emptori apposuit onus standi contractui a se facto; *l. emptorem cit.* 2. quando successor conductori saltem tacite concessit perseverare: 3. quando conductor deduxit in pactum, ut locator non posset rem alienare, et ut res ipsa hypothecata maneret, et pro securitate contractus; nam tunc alienatio subsequens est invalida. Quod si conductor hypothecam solum generalem in bonis locatoris ad securitatem locationis habet, dissident inter sese DD. nam communis sententia tenet posse expelli conductorem a successore, si hic ipsi praestet, quod sua intererat servari contractum. At Molina *tr.* 2. *D.* 490. *n.* 7. cum aliis non improbabiliter docet eundem nihilominus contra successorem, volentem eum expellere, se posse defendere, nec obligari ab eo acceptare aestimationem ejus, quod sua intererat manere contractum.

45

Quaeritur 9. quae obligatio ex contractu locationis conductionis nascatur ex parte locatoris? Resp. Haec maxime triplex est. Nam 1. tenetur conductori tradere, et praestare liberum rei locatae usum, vel si operae locator sit, eidem has exhibere, convento tempore, et modo; alias si in culpa locator fuit, ne libere posset re locata uti, tenebitur ad interesse; si absque culpa impedimentum intervenit, remittere ex mercede pacta debebit; *l. ex conducto* 15. §. *plane* 8. *l. sed addes* 19. §. *siquis dolia* 1. *l. qui insulam* 30. *pr. l. si fundus* 33. *vers. nam si colonus*, *et l. et haec distinctio* 35. *princ. ff. h. tit.*

2. Non potest regulariter rem locatam ante tempus conventum revocare, aut conductorem ex domo, vel fundo locato expellere, etsi alius mercedem, seu pensionem majorem offerat; *c. ex rescripto* 1. *h. tit. l. aede* 3. *et l. si olei* 21. *C. eod.* Dixi *ante tempus conventum*; nam si tempus locationis finitum sit, integrum est locatori, vel cum conductore renovare contractum, vel eidem renuntiare, et si cedere re locata nolit, vel propria authoritate, vel intentata actione *locati*, prout voluerit, eundem expellere, uti constat ex *l. ne cui* 32. *C. eod.* ubi prohibetur, ne conductor, finito conductionis tempore, impediat dominum uti frui re sua, vel eam alteri locare, aut molestiam inferre conductori novo.

3. Tenetur conductorem servare indemnem, si ille fecerit expensas utiles, aut necessarias in rem conductam; *l. dominus* 55. §. *in conducto* 1. *et l. colonus* 61. *pr. ff. eod.* aut si locator ipsemet dolo, vel culpa lata, aut levi conductorem damnificaverit, e. g. vasa vitiosa locando, in quibus vinum corruptum, vel effusum est; *l. sed addes* 19. §. *siquis dolia* 1. *ff. eod.*

46

Dub. 1. an locator rem locatam uni, locare alteri licite possit? Resp. cum distinctione: vel enim tempus locationis finitum est, vel adhuc durat. *Si finitum est*, locari alteri potest, ut patet ex *l. ne cui cit. Proceditque hoc*, etiamsi primus conductor, eandem, quam novus, vel etiam majorem mercedem vellet persolvere, ut bene advertit Pirh. *hic n.* 9. *Ratio est*, quia lapso tempore locationis, contractus solvitur, et locator non magis conductori, quam cuivis alteri obligatur. *Excipitur* tamen, nisi per pactum speciale in scriptis factum aliter fuerit conventum, nempe, ut non liceat rem illam locare alteri, quamdiu primus conductor eam habere vult, et tantum dare, quantum alius daturus esset; *l. ne cui cit. et ibi gloss. V. pacta.* Vel nisi alicubi hoc inductum sit consuetudine; nam quod fieri potest per pactum, etiam consuetudine induci po-

test; *l. fin.* et ibi DD. *C. de fideicommiss.* Mynsing. *cent.* 4. *obs.* 23. Pirh. *hic n.* 9.

47

Si tempus locationis adhuc durat, iterum distinguendum est, an contractus locationis conductionis ita ineatur cum novo conductore, ut ante tempus locationis primae finitum effectum sortitura sit locatio posterior alteri facta, an solum, ut contractus quidem ineatur ante finem temporis praestituti, secundus tamen locator aedes e. g. sibi de novo locatas non possit incolere, nisi finito tempore locationis prioris. *Primum* regulariter fieri nequit; quia locatio conductio est contractus ultro citroque obligatorius, qui altero contrahente invito dissolvi non potest. *Alterum* nihil prohibet, quin fieri possit, cum per hoc primo conductori relinquatur tempus conductionis integrum, et sic nullum ipsi creetur praejudicium. Neque contrarium probat textus *c. ex rescripto* 1. *h. tit.* ubi Clemens III. sub poena excommunicationis prohibet, ne magistri, seu doctores universitatis bononiensis cum aedium, jam ab aliis ejusdem professionis personis conductarum, dominis conveniant, vel contrahant sine inquilinorum, sive priorum conductorum eas inhabitantium consensu: nam rescriptum istud solummodo factum est in favorem professorum; et cons. ad homines diversi generis, et functionis extendi non debet: imo ut cum Joan. Andr. Clar. Sylv. Suar. probabilius docet Vvies. *hic n.* 18. ad professores alios extra universitatem bononiensem non extenditur, tum quia poenale est, tum quia juri communi derogans, et sic utroque ex capite odiosum, ac strictae interpretationis.

48

Dub. 2. quibus casibus locator possit inquilinum, etiam invitum, ante tempus locationis finitum expellere? Resp. quinque omnino enumerantur, ut videre est apud Azor *p.* 3. *l.* 8. *de locat. c.* 8. *q.* 2. Molin. *tr.* 2. *de J. et J. D.* 499. *per totam*, Less. *l.* 2. *de just. c.* 24. *a n* 32. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 22. *n.* 9. Barb. *in c.* 3. *h. tit. a n.* 21. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *a n.* 531. Vall. §. 1. *hic n.* 3. Zoes. *n.* 13. Engl. *n.* 9. Pirh. *n.* 13. *et seqq.* Konig. *n.* 25. Vvies. *n.* 19. *et* 20. et innuuntur *c. propter* 3. §. *verum h. tit. et l. aede* 3. *cod. eod.* Et 1. quidem, si de hoc inter ipsum, et locatorem convenit; tunc enim locus est *reg. contractus* 85. *in* 6.

2. Si ex causa superveniente, et antea non praevisa, aedes, quas locavit alteri, propriis usibus necessarias esse probarit locator, v. gr. quod eae, quas inhabitavit, incendio sint consumptae, quod uxorem duxerit, et familiam habere incipiat, quod illam filius locans dare debeat patri habitatione carenti, etc. *Ratio est*, quia locator contrahendo cum inquilino non censetur consensisse in

casu necessitatis, vel suae, vel aliorum, quibus jure naturali prae extraneis obligatur, si haec fortuito, et praeter opinionem accidat. Proceditque hoc, etsi pactum praecesserit de conductore non expellendo; quia pactum istud non extenditur ad casus jure exceptos; *l. quaero* 54. §. *inter locatorem* 1. *ff. h. tit.* nisi ex circumstantiis colligi possit, locatorem voluisse huic suo privilegio renuntiare; Pirh. *n.* 13. *cit.*

49

3. Si post aedium locationem factam urgeat necessitas refectionis, ut alias periculum interitus subsit; et illa fieri nequeat, nisi emigret conductor. Debet tamen hoc casu locator (quod etiam de superiore dicendum est) conductori pro rata temporis remittere pensionem, ut habetur §. *verum cit.* vel si ita velit conductor, refectarum aedium inhabitationem, quousque conductae sunt, eidem permittere: potestque locatorem conductor ad istud cogere, ut monet gloss. *marg. in l. si duo* 3. §. *cum inquilinus* 3. *ff. uti possidetis.*

4. Si conductor in re sibi locata perverse versatus sit: quod duplici modo fieri potest, vel quia conductor rem conductam notabiliter, et culpabiliter deteriorem reddit; vel quia in eam recipit meretrices, fures, usurarios etc. nam priore casu conductor damno afficit locatorem, in secundo domum ejus reddit infamem; non autem censetur dominus cum tali suo, aut ipsarum aedium praejudicio contraxisse. An pensio hoc casu pro rata temporis remittenda, vel soluta restituenda sit, non conveniunt DD. Aliqui apud gloss. *in cap. propter* 3. *V. perverse h. tit. et in l. aede* 3. *V. versata es codic. h. tit.* volunt, nihil remittendum esse de pensione. Sed melius distinguitur: vel enim inquilinus male versatur in domo cum damno locatoris, vel sine illius damno inhoneste vivendo, et inducendo in eam scorta. *Si primum*, fit remissio pensionis pro residuo temporis; quia compensationem damni quaerere locator instituta adversus conductorem actione potest; gloss. *cit. Si secundum*, locator de pensione nihil tenetur remittere; quia non debet sentire damnum ex culpa inquilini, quod fieret, quia forte alium conductorem non statim habet, cui domum priori ereptam locet.

50

5. Si conductor non solvat pensionem, quando debebat solvere. Porro quando solvenda sit pensio a conductore, videndum est, an convenerit inter contrahentes de certo tempore ejus solvendae, an non. *Si primum*, solvi pensio debet eo tempore, de quo convenit. *Si secundum*, standum est consuetudine loci, quae alicubi est, ut per partes solvatur, nim. dimidia pars post medium annum, altera medietas in fine anni: alibi ut quarta pars solvatur singulis

angariis, seu post quodlibet trimestre. Si neque ex contractu, neque ex consuetudine certum quid liquet, intentio contrahentium censetur esse, ut saltem in fine anni solvatur merces, si ad annum, vel tempus longius fiat locatio: si vero fit pro breviore tempore, in fine illius facienda solutio est. Colligitur ex *l. semper ff. de R. J.*

Ut autem assertio haec procedat et ob non solutam pensionem conductor expelli possit, de jure canonico necesse est, ut ab ejus solutione cessaverit per biennium, prout patet ex *c. propter cit.* et idem videtur dicendum de jure civili, ut colligitur ex *l. quaero* 54. §. *inter locatorem* 1. *ff. h. tit.*

An vero his casibus a locatore conductor propria authoritate expelli possit, controversum est apud DD. Conformius et juri, et publicae quieti est, quod Gonzal. *in c. propter vers. verum cit. n.* 3. Brunnem. *in l. quœro cit. n.* 5. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 543. et alii plures notant, non posse his casibus conductorem propria authoritate expelli, sed opus esse authoritate judicis implorati; quod leges a propria sibi jus dicendi authoritate abhorreant; *l. un. C. ne quis in sua causa et c. et l. qui jurisdictioni* 10. *ff. de jurisd.*

51

Dub. 3. an locator totam pensionem exigere a conductore possit casu, quo iste impeditur, quo minus libere possit re conducta uti? Resp. hic quatuor casus distinguendos esse. Nam 1. si impedimentum proveniat *a persona ipsius conductoris*, quia v. g. equo, aedibus etc. conductis non amplius indiget, aut ob morbum, negotia, etc. ob quae alio avocatur, iisdem uti non amplius potest, locator a conductore nihilominus exigere pensionem integram potest, nisi aliter convenerit; Navar. *Man. c.* 17. *n.* 197. Less. *l.* 2. *de just. c.* 24. *n.* 28. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *cap.* 22. *num.* 3. *concil.* 3. Honig. *hic num.* 19. et colligitur ex *l. sed addes* 19. §. *cum quidam* 9. *ff. hoc tit.* Notat tamen cum aliis Less. *l. cit. num.* 10. *et* 11. hoc casu non esse summo jure agendum, sed rem transigendam ex aequitate, ita, ut si aeque bene res alteri locanda sit, tantundem de pretio prioris conductionis detrahatur, quantum locator percepit ex secunda locatione.

52

2. Si impedimentum procedat *a locatore*, refert, an impedimentum illud sit justum, an injustum. *Si justum est*, tenetur conductori tantum ad mercedis remissionem, vel mercede jam recepta, ad ejus restitutionem faciendam pro rata temporis, aut saltem ad praestandam rem aeque commodam ad usum intentum; *l. qui insulam* 30. *pr. et hœc distinctio* 35. *ff. hoc tit. Si injustum est*, h. e. do-

losum, vel culposum, conductor statim agere poterit, ut liberetur a pensione totius temporis, et etiam ad interesse lucri quod, percepisset, si non fuisset impeditus: nec audietur locator ab impedimento cessare volens, si res non amplius est integra, puta, si conductor alium fundum, vel domum jam conduxit; *l. ex conducto* 15. §. *plane* 8. *l. si in lege* 24. §. *colonus* 4. *ff. eod.*

53

3. Si impedimentum dedit *tertius aliquis*, interest, an locator illum tertium potuerit prohibere, ne impediret, an non. *Si potuit*, et non fecit, aeque tenetur ad interesse, h. e. lucrum cessans, et damnum emergens, ac si ipse impedivisset; *l. si merces* 25. §. *qui fundum* 1. *l. si fundus* 33. *in fin. ff. eod. Si non potuit*, in tantum excusatur, ut nonnisi ad remissionem mercedis pro rata teneatur; *l. si fundus cit. in fin.* Eadem distinctio adhibenda est, quando res aliena locata est, et deinde evincitur; nam si sciens rem alienam esse locavit, tenetur ad damna, et totum interesse conductori: si vero locavit bona fide, tenetur solum ad obtinendum a domino usum conductori, vel ad offerendum ei aliam rem aeque bonam, aut si neutrum possit, ad remittendam pensionem temporis sequentis.

54

4. Denique si impedimentum accidat ex parte rei conductae; quia v. g. domus ruinam minatur, nocturnis spectis infestatur, ob periculum pestis, aut belli tutam habitationem non praestat, liberatur conductor a solvenda pensione pro tempore, quo inhabitare domum vel alia re conducta uti frui non potest, quanquam, quod attinet ad impedimentum pestis, non ubique receptum sit. Navar. *man. cap.* 17. *num.* 178. Covar. *pact. c.* 30. *n.* 3. Less. *l.* 2. *c.* 24. *n.* 7. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 22. *n.* 3. Konig. *hic. num.* 19. et colligitur ex *l. siquis* 9. §. *hic subjungi, l. item quœritur* 13. §. *exercitu* 7. *l. ex conducto* 15. *si vis* 2. *l. habitatores* 27. §. *iterum* 1. ibi, *si causa fuisset, cur periculum timeret* (conductor) *quamvis periculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem.* Ratio est quia conductor non censetur promittere pensionem, nisi quatenus re conducta poterit uti, aut frui; atqui quando aliquid tale supervenit rei, ut justo timore impediatur, non censetur posse ea uti, vel frui: ergo etc. Conf. quia contractus locationis est bonae fidei, in quo omnia ex aequo, et bono judicari debent, atqui non esset satis aequitati congruum, nullum usum, propter quem tamen pensio constituitur, ex re locata recipere, et tamen adigi ad persolvendam integram pensionem; ergo etc.

55

Dub. 5. an minuenda sit pensio , si conductor ob sterilitatem, hostium incursum, vel alium casum fortuitum , sine culpa sua obvenientem , ex re frugifera conducta fructus expectatos non percipit? Resp. distinguendo , an damnum ejusmodi casu , aut infortunio illatum sit modicum , an vero clades inde illata sit magna. *Si primum* , nihil colono , vel conductori propterea remittendum est, ut constat ex *l. si merces* 25. *§. vis major* 6 *ff. hoc tit.* ubi dicitur *modicum damnum œquo onimo ferre debet colonus*, *cui immodicum lucrum non aufertur.*

Si secundum , pensionem locator conductori regulariter debet remittere : et quidem totam , si conductor aliquo anno ex re conducta nihil omnino perceperit ; partem autem , si aliquid quidem percepit , notabili tamen parte fructuum privatus fuit : debetque eo casu remitti pro rata damni. Ita Less. *l.* 2. *de just. c.* 24. *num.* 15. *et* 16. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *cap.* 22. *n.* 7. Lug. *de just. D.* 29. *n.* 36. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 496. Barbos. *in c. propter* 3. *hoc tit. n.* 1. Gonz. *ibid. n.* 1. *et seqq.* Vall. *hic.* §. 1. *n.* 4. Zoes. *n.* 11. Engl. *n.* 4. Pirh. *n.* 4. Konig. *n.* 21 Vviest. *n.* 23. et communiter ceteri. Sumitur ex *c. propter cit. prin. l. ex conducto* 15. §. *cum quidam* 3. *ff. et l. licet* 8. *C. eodem.*

Ratio est , quia pensio , sive merces locationis promittitur , aut constituitur in compensationem fructum , ex re , vel fundo conducto percipiendorum , ergo si nulli ex illo fructus percipiantur , vel modica solum pars , tunc vel tota remitti pensio debet , vel saltem pro rata , seu pro parte secundum proportionem damni illati : id enim bona fides exigit, et aequitas dictat, ne conductor semper ferat periculum damnorum , locatorum vero securus sit.

56

Porro quaenam sterilitas , aut clades adeo magna censenda sit, ut propterea fieri debeat mercedis , seu pensionis remissio , non convenit inter DD. non quidem , quando agitur , an remittenda sit tota pensio ; nam hoc casu certum est apud omnes, eam omnino remittendam , quando fundus conductus , deductis expensis , nullos omnino fructus profert conductori : sed quando agitur de remittenda pensione pro rata. 1. Enim aliqui cum Abb. *in cap. propter cit. n.* 13. putant immodicam cladem esse illam , quando colonus duas solum tertias , aut minus fructuum collegit , quos res conducta ferre consueverat. 2. Plerique quod Layman *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 22. *n.* 7. Barbos *in c.* 3. *hoc tit. n.* 3. Gonz. *ibid. n.* 6. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 498. existimant , tunc remittendam pensionem pro rata fructuum per-

ceptorum, quando detracto semine, et expensis, in agrum colendum, et fructus colligendos factis, tam exigui fructus supersunt, ut nec dimidiam partem solvendae pensionis, sive mercedis constitutae adaequant. 3. Alii cum Menoch. *de arbitr. l.* 1. *cas.* 16. Gaill. *l.* 2. *obs.* 23. *num.* 1. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 22. *n.* 7. Engl. *hic n.* 4. Konig. *n.* 21. definiendum hoc dicunt vulgi judicio, et communi vicinorum opinione; vel etiam relinquendum hoc erit arbitrio prudentis judicis, qui aequum hac in re judicium feret, si consulat communem sensum, et aestimationem vicinorum, et magnam cladem illatam pronuntiet tunc, quando deductis expensis, in culturam, et fructuum collectionem factis, supersunt fructus tam exigui, ut non aequent dimidiam partem pensionis. Hinc istius sententiae patroni reipsa concurrunt cum secunda, quae ex eo etiam videtur esse probabilior, quod alias exploratum in jure sit laesionem magnam, seu immodicam censeri illam, que est ultra dimidium justi pretii, non autem, si sit infra, ut patet ex dictis *tit. præc. a num.* 187.

57

Addidi regulariter ob sterilitatem, et cladem illatam fructibus locatorem obligari remittere conductori pensionem. Nam plures sunt casus, in quibus propterea de pensione nihil remittitur, ut videre est apud Navar. *Man. c.* 17. *num.* 188. *et tribus seqq.* Azor. *p.* 3. *l.* 8. *de locat. c.* 20. *q.* 2. Less. *l.* 2. *de just. c.* 24. *n.* 12. *et seqq.* Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 22. *n.* 7. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *a n.* 500. Barbos. *in c.* 3. *hoc tit. a n.* 6. Gonzal. *ibid. n.* 6. Vall. *hìc* §. 1. *n.* 4. Zoes. *n.* 11. Engl. *n.* 4. Pirih. *n.* 6. *et* 7. Konig. *n.* 21. Vviest *n.* 27.

Et 1. quidem si de remissione non petenda cum conductore expresse conventum est; *l. si quis* 9. §. *Julianus* 2 2. *ff. hoc tit. et l. dominus C. eod.* quia in contractibus regulariter valet pactum casum fortuitum in se recipiendi; *l. semper* 34. *ff. de R. J. Excipitur*, si casus esset insolitus, et plane extraordinarius, qui non nisi rarissime contingit; talis enim ejusmodi pacto comprehensus non censetur, nisi id exprimatur; *arg. l. fistulas* 78. §. *fin. ff. de contrah. empt.* Et procedit, etiamsi juramento renuntiatum esset casibus fortuitis; quia juramentum non extenditur ad incognita, et insolita, neque obligationem pacti, cui accedit, auget, sed tantum firmat; Barb. *l. c. n.* 8. Debet tamen tali casu res locari pro pensione minori, quanti sc. aestimatur illud onus, seu renuntiatio casus fortuiti; Less. *l. cit. n.* 3.

58

2. Si clades accidit culpa ipsius conductoris, aut servorum, ut quia in colendo agro, vel colligendis fructibus negligentior fuit;

quia *damnum, quod quis sua culpa sentit, sibi, non aliis imputare debet*, ut habet *reg.* 86. *in* 6.

3. Si ob praecedentium, vel etiam sequentium annorum fertilitatem, et fructuum ubertatem damnum, anno praesenti illatum, conductori compensetur; *c. propter* 3. *hoc titul. l. ex conducto* 13. §. *Papinianus* 4. *ff. et l. licet* 8. *C. eodem.* Et hinc siquid remissum est de pensione, et annis sequentibus tantum commodi colonus percepit ob extraordinariam fertilitatem, quantum damni anno sterilitatis accepit, locator a conductore, quod remissum est, potest repetere, ut clare habetur *Papinianus cit.*

59

4. Si colonus sit partiarius, et eidem non certa, et stabilis pensio, sed aliquota, v. g. tertia, vel quarta pars fructuum pendenda sit; tunc enim etiam ob sterilitatem nihil de pensione conductoris remittitur; *l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *ff. h. tit.* ubi etiam ratio redditur; quia *partiarius colonus, quasi societatis jure, et damnum, et lucrum cum domino fundi partitur.*

5. Si fructus pereant, aut corrumpantur, dum jam plene in domum, vel horreum collecti sunt; quia tunc colonus jam dominus illorum effectus est; res autem domino suo perit; *l. pignus* 9. *C. de pignor. act.* Aliud est si pereant, antequam inferantur in horreum, et multo magis, quando adhuc pendentes sunt: quia tunc pars fundi esse censentur; *l. fructus* 44. *ff. de R. V.* proprietas autem fundi ad locatorem spectat: et sic fructus eidem pereunt, cons. remitti pensio conductori debet.

6. Si sterilitas, vel alia calamitas in aliquo loco saepe contingere solita sit, ut siquis conduxit praedium juxta flumen, quod saepius exundat; quia in damnum, quod praevidisse creditur, tacite consensisse videtur: ac proinde id non adscribitur casui fortuito sed ipsi conductori scienti, et volenti imputatur: quod etiam aliqui extendunt, si quis fundum conduxit tempore belli.

60

Dub. 6. an sicut ob immodicam sterilitatem pensio alias solvenda pro rata remitti debet, ita e diverso ea augeri a locatore possit ob multo majorem, et extraordinariam fructuum ubertatem, qui uno vel pluribus annis ex fundo proveniunt? *Videtur non posse* ob *l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *ff. h. tit.* ubi dicitur, quod *colono immodicum lucrum non auferatur.*

Sed distinguendum est, an ubertas illa proveniat ex industria, et opera conductoris, vel bonitate fundi, an vero ex casu mero fortuito, ut fieret in casu, quo quis v. gr. conduxit molendinum, ex quo percipere solebat quotannis 50. flor. lucrum, nunc autem,

quia impetu aquarum alia vicina molendina destructa sunt percipiuntur 100.

Si proveniat ex industria conductoris, augeri non debet pensio; neque enim ipsi sua industria esse damnosa debet; Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 22. *n.* 8. Pirh. *hic. n.* 8 Konig *n.* 22. Idem dicendum, si ubertas proveniat ex bonitate fundi; hunc enim dominus censetur locasse majori mercede, quam potuit, ut tradunt DD. *cit.* Si vero proveniat ex casu mere fortuito, augeri pensio a locatore potest; quia contrariorum est eadem ratio; igitur sicut aequitas postulat, ut ob insolitam sterilitatem aliquid detrahatur de pensione: prout dictum est *num.* 55. ita etiam dictat, ut ob insolitam ubertatem aliquid addatur.

Et cum hac distinctione intelligendus est textus allegatus pro ratione dubitandi.

61

Quaeritur 10. quae sit obligatio conductoris? Resp. Haec maxime triplex est. Nam 1. tenetur ad solvendam integram mercedem, nisi, ut dictum est *supra a num.* 51. casus accidat, quo minuenda, vel remittenda illa sit. Si moram in solvendo traxerit, solvere etiam usuras debet; *l. habitatores* 27. *l. dominus* 55. *§. fin. ff. l. praeses* 17. *ff. hoc tit.*

2. Solvere mercedem debet in tempore, de quo nominatim conventum, vel quo solvi illa ex consuetudine loci debet, ut dictum est *supra n.* 50. Si operae praegnantes locatae sint ea lege, ut merces pro parte solvatur, conductor per partes solvere tenetur; sin per aversionem locatae sint operae, finito opere, solvitur merces integra; *per l. qui insulam* 30. *§. qui aedem* 3. *ff. eod. l. stipulationes* 72. *§. siquis* 1. *ff. de V. O.*

3. Tenetur conductor rei rem conductam tempore convento in specie restituere, et resarcire damna, dolo, vel culpa saltem lata, et levi data; *l. siquis* 9. *§. si colonis* 3. *l. videamus* 11. *§. qui vinum* 3. *l. item quaeritur* 13. *§. si navicularius* 1. *et §. exercitu* 7. *ff. h. tit.*

62

Dub. 1. utrum conductor teneatur praestare etiam culpam levissimam? *Ratio dubitandi* sumitur ex *§. conductor vers. qui pro usu inst. h. tit.* ubi a conductore desideratur *custodia, qualem diligentissimus paterfam. suis rebus adhibet*: atqui talis custodiae omissio est culpa levissima; ergo conductor teneri videtur ex culpa levissima. *Conf.* ex *l. in judicio* 28. *C. h. tit.* ubi conductor solum eximitur a praestatione casus fortuiti.

Sed dicendum, regulariter conductorem solummodo obligari ad praestationem doli, vel culpae latae, aut levis, non vero levissimae. Ita Azor. *p.* 3. *l.* 8. *de locat. cap.* 7. *q.* 1. Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 494. *n.* 1. Less. *l.* 2. *c.* 24. *n.* 30. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 22. *n.* 4. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 520. Perez *in C. hoc tit. n.* 29. Zoes. *ad ff. ibid. n.* 16. *ad inst. tit. eod. q.* 9. Pirh. *n.* 18. Konig *n.* 23. Vviest. *n.* 28. Ratio est, quia in locatione vertitur utilitas utriusque contrahentium: in iis autem contractibus, qui utriusque utilitatem spectant, praeter dolum culpa solum lata, aut levis, non etiam levissima, aut casus fortuitus praestantur; *l. si ut certos* 5. §. *nunc videndum* 2. *ff. commodat.* simili modo, et ex eadem ratione etiam locator, si rem vitiosam locavit, et inde damnum conductor patitur, resarcire illud tenetur tantum, quando vel dolo, vel culpa lata, aut levi locatoris illatum est, ut recte cum allegatis advertit Azor *l. cit. q.* 6.

63

Dixi autem *regulariter*; nam plures sunt casus, quibus conductor tenetur praestare culpam levissimam, aut etiam casum fortuitum. Et 1. quidem, quando locatio facta est principaliter ob utilitatem conductoris; nam in contractibus, quae utilitatem praecipue accipientis spectant, praestatur etiam culpa levissima: 2. si expresse conventum est, ut conductor teneatur de minore culpa, vel casu fortuito; *l. si unus* 27. §. *illud* 3. *ff. de pact. l. pacta* 6. *C. eod.* Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *cap.* 22. *num.* 4. 3. Si conductor culpa sua causam dedit casui fortuito, ut quia in mora restituendi fuit; vel si convenit, ne ignem haberet, et habuit: tunc enim tenebitur, etiamsi casu fortuito incendium acciderit; quia ignem habere non debuit; *l. videamus* 11. §. *si hoc* 1. *ff. hoc titul.* Et idem est, si inter locatorem, et conductorem convenit, ne in villa urbana foenum componeretur; tunc enim tenebitur conductor, sive servus ejus, sive extraneus ignem incenderit; quia causam praebuit inferendo foenum contra pactum in conductione appositum; *l. videamus cit.* §. *fin. et l. seq. ff. eod.* 4. ut quidam volunt, si res valde pretiosae locatae sunt. Sed communius negatur ob principium generale, quod in contractibus, qui in utilitatem utriusque contrahentis tendunt, tantum praestetur culpa lata, et levis. Idem dicendum de rebus, quae ex natura sua facile franguntur, aut corrumpuntur, ut columnae marmoreae elaboratae, vel vasa vitrea, ut recte Pirh. *hic n.* 19. *Excipitur*, si cum specialis peritiae, vel artis professione eas conduxerit, aut operas suas circa res illas locaverit; tunc enim obligatur etiam de culpa levissima, ut Pirh. *l. cit.* Vviest. *n.* 29. et alii notant.

64

Ad rationem dubitandi Harpprecht *in* §. *conductor cit. n.* 13. ait gradum superlativum reducendum in gradum positivum ; quia sic subjecta materia, et contractus, de quo agitur, natura exigit. Vel si expositio haec non arrideat, cum Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 522. dicendum, quod textus ille intelligi solum debeat de locatione rerum, quae principaliter ob utilitatem conductoris conceduntur : quem casum inter exceptos *n. praec.* primo loco posui. *Ad Conf.* respondet Harppr. *l. cit. n.* 9. eo loco imperatores exemisse conductorem solum a praestatione casus fortuiti, quod de dolo solum et culpa lata, non etiam de levissima interrogati fuerint, ac proinde de hac respondere necesse non fuerit.

65

Dub. 2. ad quem damnum pertineat, si nesciatur, an culpa, vel casu incendium ortum sit, et quis probare debeat, culpa, vel casu id accidisse ? Fachinaeus *l.* 1. *controv. cap.* 87. censet, conductori incumbere onus probandi, quod sufficientem diligentiam in custodiendo igne adhibuerit, nullamque culpam, ex contractu locationis praestandam, commiserit ; alias compensaturum totum damnum ex incendio datum. Et videtur hoc etiam probare ratio ; quia locator praesumptionem pro se habet, quod incendia plerumque culpa inhabitantium accidant ; *l. nam salutem* 3. §. *cognoscit* 1. *ff. de offic. praefect. vigil. et l. si vendita* 11. *ff. de peric. et commod. rei vendit.* atqui praesumptio eum, pro quo stat, ab onere probandi relevat, illudque in adversarium reijcit. *Conf.* quia vix est possibile, ut locator valeat probare ea, quae fiunt in domo, quam ipse non inhabitat, ut proinde aequitate naturali dictante, illi potius imponenda videatur probatio, qui propter actualem habitationem ejus copiam habet.

66

Sed dicendum, eo casu probationem culpae imponendam locatori ex generali principio, quod actori incumbat probatio ; *l. ei incumbit* 2. *ff. de probat. et l. qui accusare* 4. *C. de edend.* Item quod culpa, vel delictum, ac generaliter facta non praesumantur, sed probari debeant; *l. merito* 51. *ff. pro socio, et l. dolum* 6. *C. de dol. mal.* Mynsing. *cent.* 6. *obs.* 88. *n.* 13. Gaill. *l.* 2. *obs.* 21. *n.* 5. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 22. *n.* 6. Engl. *hic* 7. *V. quid ergo*: qui tamen addit, praesumptionem, qua plerumque praesumuntur incendia inhabitantium culpa orta esse, praestituram actori magnum adminiculum, ut aliis indiciis, et imperfectis etiam probationibus concurrentibus, nonnunquam, maxime, ubi damnum incendio datum non est valde

grave, dici possit, causam suam sufficienter probasse, nisi conductor probationem inde sumptam elidat aliis probationibus.

67

Ad argumentum contrarium praesumptio haec, etsi ut modo dixi, in concursu aliarum conjecturarum multum juvet actorem, sed sola tamen non probat admissam talem culpam, quae praestari a locatore debeat; potest enim admissa esse culpa levissima, quae in contractu locationis conductionis non praestatur: vel si admissa sit etiam culpa levis, aut lata, potest illa admissa esse a famulis extra officium suum delinquentibus, e. g. quod stabularius in culina aliquid coxerit, et incendium per incuriam illius sit ortum: atqui hujusmodi culpas paterf. praestare non cogitur, ut constat ex *l. si vendita cit. Ad conf.* argumentum illud non ex toto convincit; quia multoties etiam homines extranei, casu in domo incensa, aut in vicinia versantes, rei notitiam habent, potestque locator petere, ut judex ex officio domesticos audiat, et super causa, ac culpa incendii inquirat, quae inquisitio per se etiam incumbit judici; quia incendium sive dolo, sive culpa exortum criminali judicio subjacet per ea, quae tradit Mynsing. *l. cit. a n.* 5.

68

Dub. 3. quid statuendum, si quis operas, ad quas se per contractum locationis adstrinxit, non exhibeat? Resp. Hic tres casus sunt distinguendi, an sc. per conductorem stet, quo minus locator operae operas suas exhibeat, an per locatorem, an impedimentum aliunde proveniat, e. g. ex morbo locatoris.

Si primum, tenetur conductor nihilominus ad integram mercedem locatori solvendam, modo interim operarius ille alteri operas suas non locaverit, nec ab alio mercedem acceperit; *l. sed addes* 19. §. *cum quidam* 9. *et l. qui operas* 38. *ff. h. tit.* et hinc communis sententia habet, quod famulus, si dominus permissae correctionis excedat terminos, ante finitum locationis tempus impune aufugere, et nihilominus mercedem integram possit exigere, ut cum Baldo advertit Konig *hic n.* 20. qui tamen monet, prius adeundum judicem, et ad eum querelas deferendas; *arg. l. quisquis* 1. *C. in quib. caus. colon. censit. dom. accuss. poss. et l. si dominus* 2. *ff. de his, qui qui, vel alien. jur.*

69

Si secundum, tenetur locator operae conductori, quantum interest, operas non esse praestitas, vel opus non esse factum; *arg. l. ex conducto* 15. §. *item* 6. *l. si fundus* 33. *ff. h. tit. et in fin. C. de conduct. ob caus. dator.*

Hinc si famulus ante tempus elapsum, invito domino, servitio exeat, damnum ex fuga datum resarcire debet; *arg. l. si servum* 1. *C. de serv. fugit.* et insuper perdit totum salarium, etiam pro praeterito tempore, quo servivit, et solutum repeti potest; *l. ex conducto* §. *item cit* *et l. dominus* 55. §. *fin. ff. eod.* Sichard. *ad l.* 14. *C. eod.* Konig *n.* 20. *cit.*

Si tertium, videtur locator operae nullam posse a conductore mercedem exigere. 1. Quia in locatione rerum, si conductor nullam percipiat utilitatem nullam tenetur mercedem solvere, ut dictum est *n.* 55. *supra.* 2. *l. pecuniam* 5. *ff. de condict. caus. dat.* JCtus hunc contractum locationis operarum comparat contractibus innominatis, *do ut facias*, *facio ut des etc.* quorum natura est, ut si nondum sint utrinque impleti, poenitere in illis liceat: ergo idem licebit etiam in locatione operarum, et sic antequam istae praestitae sint, merces data revocari, et promissa denegari potest; nam cui datur actio ad repetendum, ei multo magis datur exceptio ad retinendum *juxta* 1. *in reg.* 76. 3. *l. ex conducto* 15. §. *item* 6. *ff. h. tit.* cum quidem pactum fuisset cum nauta, ut se ad certum locum deveheret, navi amissa dicitur repeti posse, quod datum est, quia *munere vehendi* nauta *functus non est.*

70

Sed distinguendum est cum P. Engl *hic n.* 8. *vers. fateor,* inter locationem operarum, cujus objectum est certum, et determinatum opus, vel negotium perficiendum, ut cum pictor addicit operam suam ad mihi pingendam tabulam; et inter locationem operarum, cujus objectum non est tam opus ipsum aliquod specificum, seu determinatum, quam ipsa operandi, seu deserviendi obligatio ad certum tempus, vel propter annuum salarium conventum ad singulos annos restricta, ut fit in professoribus, advocatis, medicis, et similibus.

De priori casu procedunt argumenta *supra* allata, ita, ut plus non debeatur, quam praestitum sit, pro rata sc. operae; quia tunc contractus videtur habere tacitam conditionem, ut merces debeatur, si, et quatenus opus, aut negotium perfectum fuerit.

71

In posteriori autem probabilius adhuc debetur merces locatori, etsi propter infirmitatem, vel aliud impedimentum operas suas non praestiterit, prout cum P. Engl *loc. cit.* docent Gaill. *l.* 1. *obs.* 44. *n.* 12. Harpprecht. *ad princ. inst. h. tit. n.* 521. ob textus satis claros *l. qui operas* 38. *l. praeses* 1. §. *divus* 13. *de var. et extraord. cognit. l. post duos* 15. *C. de advocat. diver. judic. l. pecuniam* 19. *et l. fin. C. de condict. ob caus. dator.* Ratio est, quia tunc licet singulis diebus non praestentur operae, manet tamen sem-

per praestandi obligatio. Imo etiamsi morte intra annum eveniente non amplius praestari operae possint, aut obligatio eas praestandi perdurare, nihilominus cum initio anni, quo locator adhuc vixit, censeatur obligatio conductori quasi tradita, in eumque sicut in emptione periculum interitus translatum, ipsius conductoris damno locator morietur, et merces praestanda erit istius haeredibus. Et ex hoc capite multi cum Host. Joann. Andr. Baldo valde probabiliter docent, mercedem deberi famulo infirmo etiam pro tempore aegritudinis, in quo servire non potest; quia, ut Paulus jurisconsultus *l. cum haeres* 4. §. *Stichus* 5. *ff. de stat. liber. ait*, *servire nobis intelliguntur etiam hi, quos curamus aegros, qui cupientes servire, propter adversam valetudinem impediuntur.* Certe aequitatis, et miserationis ratio flagitat, ne ad breve tempus decumbenti merces imminuatur.

72

Quaeritur 11. qualiter finiatur locatio conductio? Resp. hanc exspirare ex variis causis. 1. si mutuo consensu ab ea contrahentes recesserint §. *fin. inst. quib. mod. tollit. oblig.* 2. si lapsum sit tempus locationi praefixum, et locator rem repetierit: de quo vide *supra n.* 45. 3. si conductor pensionem justo tempore non solverit, aut male in re conducta versetur: de quo dictum *n.* 50. 4. si locator rem locatam alicui tertio vendiderit, donaverit, legaverit etc. et emptor, donatarius, legatarius ect. ipsemet re locata uti cupiat: de quo actum *n.* 43. 5. si locator, aut ejus haeres probaverit rem locatam propter supervenientem, et ante non praevisam causam propriis usibus necessariam esse: de quo *n.* 48.

73

Dub. 1. an finiatur locatio morte locatoris, vel conductoris? Resp. non finiri: sed si locator moriatur ante temptus locationis elapsum, ejus haeres pati debet conductorem usque ad praefinitum tempus inhabitare, cum utpote haeres, factum authoris defuncti praestare teneatur. Et e converso si conductor moriatur, haeres ipsius eodem jure in conductione succedet; quia repraesentat personam defuncti, et actiones, defuncto competentes, etiam in ipsum transeunt; §. *fin. inst. h. tit. et l. haereditas* 62. *ff. eod.*

74

Dub. 2. an conductor ante finitum conductionis tempus recedere possit, invito locatore? Resp. Potest ex justa causa; secus non. Ita Azor *p.* 3. *l.* 8. *de locat. c.* 9. *vers. quarto*, Gaill. *lib.* 2. *obs.* 23. *n.* 7. Boerius *decis.* 149. *n.* 8. *et* 9. Barb. *in c. h. tit. n.* 23. *et* 24. Petra *tom.* 2. *comment. fol.* 100. *n.* 6. *et seq.* Engl. *hic n.* 9. *vers. quinto*, Pirh. *n.* 17. Konig *n.* 19. *et* 23. Vviest. *n.* 22.

Legitima vero causa subesse censetur. 1. si impetus, vel irruptio hostium, aut latronum timeatur; *l. item quaeritur* 13. §. *exercitu* 7. *et l. perinde* 34. *ff. hoc tit.* 2. si lues epidemica in eo loco grassetur, et immineat infectionis periculum; *l. habitatores* 27. §. *iterum* 1. *ff. eod.* 3. si domus conducta spectris nocturnis infestetur *l. et §. cit.* 4. si aedes conductae per alterius altiorem aedificationem obscurentur; *l. si merces* 25. §. *si vicino* 2. *ff. eod.* 5. si aedificium ruinam minitetur; *l. qui bona* 13. §. *de illo* 6. *et l. inquilino* 33. *ff. de damn. infect.*

75

Ex his ergo causis conductor libere emigrare e domo conducta potest, et remittendum est ei de pensione secundum proportionem temporis, quo inhabitare, aut re conducta uti non licuit, ut constat ex *l. sed addes* 19. §. *siquis* 6. *et l. habitatores* 27. §. *fin. ff. h. tit.* si vero sine aliqua istarum, vel alia his simili ante finitum locationis tempus rem sibi locatam deserat, solvere cogetur locatori pensionem integram, et simul praestabit ei, quod interest; *l. dominus* 55. §. *fin. ff. h. tit.* sufficit autem justus periculi timor, etsi verum periculum non fuerit; *l. habitatores*, *et §. iterum cit.*

Adverto tamen, quod conductor si ex aliqua istarum causarum discedat, debeat id domino denuntiare, et claves tradere, si commode potest; alias si cum commode posset, non denuntiaverit, vel claves non reddiderit, et de causa dominus domum alteri non locavit, ad compensationem damni subsecuti compelletur; Barb. *in c.* 1. *h. t. n.* 25. et alii apud istum. Si tamen impedimentum est notorium, non est necessaria denuntiatio, vel protestatio, prout resolvit Menoc. *cons.* 120. *n.* 15. *et* 33.

76

Dub. 3. an conductor, soluto locationis contractu, discedens possit deducere expensas, siquas fecit in rem conductam? Resp. distinguendo inter sumptus ordinarios, qui fiunt ordinarie pro habendo usu ex re conducta, veluti pro arandis, et colendis agris, pro percipiendis fructibus, pro pabulo, et ferramentis equi conducti etc. et inter sumptus extraordinarios. *Priores* non deducuntur, sed eos conductor de suo praestare debet; Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 22. *n.* 4. *vers. limitari* Haun. *to.* 4. *de J. et J. tr.* 10. *n.* 549. Engl. *hic n.* 10. Konig *n.* 20. *vers. tertio*, et alii passim.

77

In posterioribus distinctio altera est adhibenda, an sint necessarii, utiles, vel tantum voluptuarii. *Necessarii*, *et utiles* (si tamen utilitas eorum perpetua sit, et non tantum conductorem, sed etiam dominum rei locatae concernant) regulariter, et nisi aliter inter

contrahentes conventum, vel consuetudine loci receptum sit, deduci possunt, vel certe dominus pati debet, ut eos conductor auferat, si sine deterioratione prioris status auferri possint Fachin. *l.* 1. *contr. c.* 85. Laym. *n.* 4. *cit. corol.* 1. Haun. *n.* 556. *et duob. seq.* Engl. *hic n.* 10. Konig *n.* 20. *vers. tertio* et sumitur ex *l. sed addes* 16. §. *inquilinus* 4. *l. dominus* 55. §. *in conducto* 1. *l. colonus* 61. *princ. ff. h. t. Voluptuariae* expensae ordinarie non deducuntur (nisi dominus locupletior factus sit, quod propterea rem locatam jam pluris vendiderit, aut elocarit) si tamen tollere illas sine deterioratione rei conductae possit, id ipsi permittitur; *l. utiles* 39. §. *videamus* 1. *ff. de haered. petit.*

78

Circa istud tamen beneficium tollendi impensas utiles, et voluptuarias hoc notandum est, id tunc solum habere lucrum, quando tollens inde commodum quoddam consequitur: secus vero, si ex mera invidia picturas v. g. corrumpere, ornatum horti destruere etc. velit; *l. in fundo* 38. *vers. constituimus ff. de R. V.* non est enim malitiis hominum indulgendum, qui nihil agunt, quam ut noceant: et sibi imputare debet, qui in re aliena scienter impensas fecit; Engl. *n.* 10. *ff. h. t.*

79

Quaeritur 12. quaenam negotia sint locationi conductioni affinia? Resp. Hujusmodi non pauca referuntur. Et 1. quidem contractus *socidae*, Germanice *das fiech bestellen*, *austhuen*, *verleihen*, quo oves, et alia pecora, certo pretio aestimata, solent ea lege locari, ut conductor quotannis mercedis loco de singulis certam lanae, butyri, vel casei quantitatem solvat. Hic contractus, si aestimatio pecorum taxationis duntaxat gratia fiat, et solo dominio remanente penes locatorem, solum periculum transferatur in conductorem, a locatione conductione non deviat; *l. quaero* 54. §. *fin. ff. h. t.* Si vero aestimatio venditionis gratia fiat, ac dominium in conductorem transferatur, degenerat in contractum innominatum; *l. cum fundus* 3. *ff. eod.* Si denique hoc modo fiat, ut communio quaedam inter accipientem, et dantem intercedat, fructusque, et sumptus pro rata communes sint, in societatem declinat; *l. cum duobus* 52. §. *utrum* 2. *ff. pro socio.* Stryc. *ff. h. t.* §. 10. Miller *ad Struv. exerc.* 24. *th.* 14. *lit. O.* claris. P. Schm. *de pact. et contr. c.* 2. *n.* 374. *et seq.*

80

3. *Admodiatio*: quae duplex est, propria, et impropria. *Propria* dicitur, qua reditus alicujus provinciae aestimantur, et conductori percipiendi conceduntur, certo pretio, seu mercede constituta, Germanice *verpachtung eines ampts*, *vogtey*, *herschafft etc. impro-*

pria, qua omnis generis reditus, ad provinciam non spectantes, alicui pro certa mercede locantur. Inter hanc speciem, et locationem non intercedit discrimen aliquod, praeterquam in objecto, prout notat Struv. *de admodiat. th.* 5. *et* 7. ubi plura de admodiatione.

81

3. Contractus *affictus*, quo praedium rusticum non pro pecunia, sed pro parte fructuum impensis, et periculo conducentis locatur, qui propterea *colonus partiarius*, *vel dimidiarius, ein Halb-baur, oder Halb-mayer* appellatur; *l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *ff. h. t.* Hunc contractum Brun. *ad l. cit. n.* 19. et alii ab eo *cit.* ad societatem referunt; *quod l. cit.* Cajus dicat, *colonum partiarium*, *quasi societatis jure, et damnum, et lucrum cum domino fundi partiri.* Sed melius ad locationem reducitur, tum quia vox *colonus*, qua ibidem JCtus utitur, plerumque denotat conductorem praedii rustici, tum quia in *l. cit.* tale negotium non censetur jure societatis, sed *quasi societatis,* qui loquendi modus non veram societatem, sed analogiam duntaxat cum societate significat; Strych. *l. cit.* §. 15.

82

Dub. 1. qualis praesumatur locatio vel concessio a rectore ecclesiae, vel beneficiario facta, si in instrumento non fiat mentio de consensu, et authoritate ordinarii? Resp. Hic discurrendum est aliter de beneficiario simplici, qui administrationem rerum ecclesiae non habet, et aliter de eo, qui rector ecclesiae est, et administrationem habet.

Si is, *qui locationem fecit*, *fuit beneficiarius simplex, non habens administrationem*, et hic elocavit fundum ecclesiae sibi assignatum ratione beneficii, tunc censendum est esse concessionem, seu locationem non realem, sed personalem, ita, ut effectum ulterius habere non possit, nisi dum beneficiatus vivit; nam in dubio convenit actum quemlibet, seu contractum ita explicare, ut valeat potius, quam ut pereat, *c. abbate* 25. *V. contra de V. S.* Beneficiarius autem non habens administrationem rerum ecclesiae non potest nomine ecclesiae fundum elocare; ergo debet intelligi, quod rem, seu fundum ecclesiae nomine proprio concesserit, seu locaverit, adeoque tantum ad vitam suam; Pirh. *hic n.* 28.

83

Si vero sit curatus, *vel rector ecclesiae*, et elocavit fundum ecclesiae, videndum est, an ille fundus pertineat ad ipsam ecclesiam, an vero incorporatus sit mensae rectoris. *Si primum*, censetur elocatio facta ad tempus jure concessum. *Si secundum*, censebitur facta ad vitam elocantis (quia ad sic elocandum non indiget consensu ordinarii) non vero ultra illam; quia successori elocatione sua

nocere non potest. Proceditque hoc etiam casu, quo elocavit ad tempus non longum, et interea mortuus est, antequam finiretur locationis tempus; nam ea locatio censeri debet conditionalis, videlicet si tamdiu vivat praelatus, seu rector ecclesiae, ut recte Pirh. *n.* 27. et ratio est, quia censetur voluisse elocare, quamdiu jus habet percipiendi illos reditus, et non ultra illud tempus.

84

Dub. 2. utrum, si res locata fuerit alteri sublocata, subconductor, seu secundus conductor possit mercedem solvere tam primo, quam secundo locatori? Resp. eum teneri solvere secundo locatori, qui etiam ad hoc illum efficaciter potest compellere: et *ratio est*, quia cum hoc solo contraxit, non autem cum primo. Si tamen primo locatori, cui nondum satisfactum est a secundo, fiat solutio, secundus conductor liberabitur ab obligatione tam principali, quam accessoria; *l. solutum* 11. §. *solutum* 5. *ff. de pignor. act.* Strych. *ff. h. t.* §. 65. *in fin.*

De contractu emphyteutico.

SUMMARIUM

85 *Definitio emphyteuseos.*
86 87 88 89 *Ejus explicatio.*
90 91 92 93 94 *Differentia ab aliis contractibus.*
95 96 97 *Quid præsumendum sit, quando dubitatur, quo jure solvatur pensio censuali, an emphyteutico?*
98 99 *Divisio emphyteusis?*
100 *Quis emphyteusin possit concedere?*
101 102 103 *An, et qua ratione praelatus bona ecclesiæ suæ possit in emphytheusim dare?*
104 105 106 *An solemnitates juris requirantur etiam ad bona emphyteuticari solita?*
107 108 *Quomodo facienda sit horum bonorum emphyteuticatio?*
109 110 *Cui concedi res in emphyteusin possit?*
111 112 113 *An prælatus emphyteusim quæ ad ecclesiam reversa est possit consanguineis suis concedere?*
114 115 116 *An in concessione illius cognatos ultimi emphyteutæ præferre extraneis.*
117 *An laicus, qui ab ecclesia, vel alio, a tributis, et similibus oneribus exempto prædium in emphyteusin accepit a tributorum onere etiam ipse exemptus sit. Rationes dubitandi.*
118 *Deciditur pro affirmativa.*
119 *Solvuntur objectiones.*
120 121 122 *Quinam succedant in emphyteusi?*
123 124 *An etiam filii illegitimi, legitimis deficientibus?*
125 126 127 *Utrum pater uni filiorum emphyteuticum bonum donare, vel praelegare possit.*
128 129 130 *Ad quem transeat, ac spectet emphyteusis si emphyteuta religionem profiteatur?*
131 132 133 *Quid si pactum sit initum, ne ad ecclesiam, vel aliam potentiorem personam transferatur?*
134 135 136 *Quae obligatio nascatur ex contractu emphyteutico?*
137 *Ad quem pertineant impendia, quae bonum, aut fundus emphyteuticarius exigit?*
138 *An remittenda sit pensio emphyteutae ob sterilitatem, vel alium casum fortuitum?*
139 *Qualis, et quatenus canon imponi emphyteutae possit?*
140 *Quibus casibus laudemium non debeatur?*
141 142 *An liceat emphyteutae fundum emphyteuticum, vendere?*
143 *Quibus casibus hoc possit, domino non requisito?*
144 *Quid requiratur, ut ob venditionem rei emphyteuticae emphyteuta incurrat poenam caducitatis?*
145 *An, et quibus modis, praeter venditionem alienari emphyteusis, domino irrequisito possit?*
146 147 148 *Quomodo emphyteusis finiatur?*
149 150 151 *Quando emphyteuta in poenam commissi cadat ob non solutum canonem?*
152 153 154 *Quando in poenam commissi non cadat?*
155 *In qua emphyteusi celeri satisfactione possit purgari mora?*
156 *Intra quod tempus?*
157 158 *An dominus directus recipiens canonem ab emphyteuta, qui celeri satisfactione moram non purgavit, caducitatem censeatur remisisse?*

85

Quaeritur 1. quid sit *emphyteusis?* Resp. *Emphyteusis* (latine idem, quod *implantatio*, *seu insitio*) est *contractus juris gentium*, *nominatus*, *bonae fidei solo consensu constans*, *quo res soli*, *sive immobilis, videlicet ager*, *praedium etc. cum translatione dominii utilis*, *retento directo*, *seu proprietate* , *in perpetuum* , *vel ad tempus alicui utenda fruenda conceditur* , *cum onere certae pensionis realis domino directo certis temporibus persolvendae.* Ita Azor. *p.* 3. *l.* 10. *de emphyteus. cap.* 1. *quaest.* 1. Molin. *tract.* 2. *de J. et J. D.* 445. *princ.* Less. *l.* 2. *cap.* 24. *n.* 3. Laym. *l.* 3. *tract.* 4. *cap.* 23. *n.* 1. *et* 2. Haun. *tom.* 3. *tract.* 9. *n.* 472. Harpprecht *ad* §. 2. *inst. h. tit. n.* 4. Vall. *hic* §. 2. *n.* 1. Engl. *n.* 11. Pirh. *n.* 31. Konig. *n.* 28. Vviest. *n.* 30. et alii communiter. In hoc contractu res immobilis , v. gr. praedium in emphyteusin traditum, germanico idiomate dicitur *Erbrecht* , *Erbestand* , *Erb-Tingut*, simpliciter *Bauren-Lebent* , *Hoff Gut*, *Gilthof*; dominus directus retenta proprietate, alicui praedium tradens *der Grund Her ;* colonus id cum dominii utilis in se translatione accipiens *Erbrechter*, *Erbestander*, *Zinsmann*, *Huebner*, *Zietbaur* ; canon , sive pensio pro dominii directi recognitione solvenda *Stifft*, *oder Grund Dienst, Jabrliche Zlied* ; Laudemium , sive certa pecunia pro novae investiturae collatione , sive veteris renovatione solvenda *Hand-Lobn*, *Aufzug Zeld*, *Auf-und Alfahrt*; Manz. *ad* §. 3. *inst. hoc tit.* Haun. *n.* 474. Vviest. *n.* 30.

86

Dicitur autem in definitione 1. *Contractus* : quod generis loco in ea ponitur , et merito ; nam emphyteusin esse contractum, eumque a reliquis omnibus Zenonis constitutione distinctum , indubitatum est ex §. *adeo* 3. *inst. hoc tit. l. locatio* 1. *et* 2. *ff. eod. l. cum dubitabatur* 3. *vers. sin autem* ibi *in emphyteuticis contractibus C. de jur. emphyt. l. fin.* ibi *nec emphyteuseos contractum C. de reb. alien. non alien.* Et ratio perspicua est ; quia ultro citroque propria vi , ac virtute obligationem parit : quod proprium est contractus. *Conf.* quia si contractus non esset , frustra , et inepte veteres JCti dubitassent , an emphyteusis esset locatio conductio, an vero emptio venditio, cum utramque contractum esse omnibus liqueat.

Dicitur 2. *juris gentium :* intellige , quoad praestationem annui canonis pro fundi fructu , et recognitione veri domini ; nam eatenus videtur esse jure civili antiquior : non vero quoad formam, et nomen ; quia hanc juri civili debet , utpote a Zenone imp. acceptam , ut colligitur ex §. *adeo* 3. *inst. h. tit. et l. jus* 1. *C. de jur. emphyt.*

87

Dicitur 3. *nominatus*; nam contractibus nominatis accensendam esse, quadruplex monstrat ratio. 1. Quia proprium, certum, et specificum, ac nulli alteri contractui commune nomen habet. 2. Quia ex contractu emphyteuticario propria, et specialis actio competit, nim. emphyteutica, vel emphyteuticaria, cum ex contractibus innominatis tantum competat actio praescriptis verbis. 3. Nisi veteres emphyteusin pro contractu nominato habuissent, non tam anxie disputassent, utrum esset locatio conductio, vel emptio, venditio.

Dicitur 4. *bonæ fidei*: quia contractus emphyteuseos quasi conflatus est ex contractu emptionis venditionis, et locationis conductionis, quorum uterque bonae fidei est; absurdum autem videtur esse contractum ex duobus mixtum diversae naturae a simplicibus suis, ex quibus compositus est, censeri. *Neque obstat*, quod actio, quae descendit ex emphyteusi, non referatur inter actiones bonae fidei in §. *actionum autem* 28. *inst. de action.* quia licet verba emphyteusin non exprimant, sententia tamen §. *cit.* quae in legibus maxime attendi debet, eandem continet, dum actionem locati, sub qua actio ex emphyteusi comprehenditur, inter bonae fidei actiones recenset.

88

Dicitur 5. *solo consensu constans*: quibus verbis deciditur agitatissima inter DD. quaestio, an ad substantiam contractus emphyteutici requiratur scriptura, quibusdam affirmantibus cum Clar. §. *emphyteusis quaest.* 4. *n.* 1. Mascard. *concl.* 602. *n.* 1. *et* 2. Gomez *l.* 2. *var. cap.* 3. *n* 16. *in fin.* Valasc. *de jur. emph. quaest.* 7. *n.* 2. Azor. *p.* 3. *l.* 10. *de emph. cap.* 5. *quaest.* 3. Molin. *tract.* 2. *D.* 447. *n.* 7. Laym. *lib.* 8. *tract.* 4. *cap.* 23. *n.* 6. Haun. *tom.* 3. *tract.* 9. *n.* 485. Petra *tom.* 1. *comment. fol.* 86. *n.* 50. Pirh. *hic n.* 33. Vviest. *n.* 32. quod intelligi volunt non tantum de emphyteusi ecclesiastica ob *novell.* 7. *pr. vers. quia vero cap.* 2. §. 1. *vers. unde siquid*, *cap.* 3. §. 2. *et Novell.* 120. *cap.* 5. sed etiam de laica, seu communi ob *l. jus* 1. *C. de jur. emphyt. ibi pactionibus scriptura interveniente*, *habitis etc.* Sed pro neutra ex his textibus efficax ducitur argumentum; non pro *emphyteusi laica*, quia licet *in l. cit.* mentio scripturae fiat, non tamen propterea sequitur, scripturam plane necessariam esse: patet exemplo dotis, quae nudo pacto constituitur, et tamen lex meminit instrumenti dotalis; *l. fin. post princ. C. de dot. promiss.* non *pro ecclesiastica*; quia ad hanc per textus allegatos scriptura requiritur, non quatenus emphyteusis est, sed quatenus contractus alienativus, et translativus dominii utilis, ad mentem *cap. irrita* 1. *de his, quae a praelat.* Unde attendendum erit ad consuetudinem, et peculiaria locorum statuta, his autem seclusis, dicen-

dum, scripturam ad substantiam istius contractus non requiri, sed solum ad probationem pactorum, quae adjici solent, propter diuturnitatem temporis, in quod emphyteusis extendi solet, ut falsitas evitetur. Ita Durand. *specul. tit. de emphyt. num.* 5. Rittershus. *l.* 1. *partit. feud. cap.* 2. *quaest.* 2. *p.* 81. Sarmient. *l.* 3. *select. interpret. cap.* 2. *num.* 5. Vultejus *l.* 1. *jurisp. rom. cap.* 36. *fin. pag.* 159. Giphan. *l.* 3. *D.* 29. *th.* 22. *num.* 25. Bachov. *ad treutl. vol.* 1. *D.* 29. *th.* 9. *lit. D. pag.* 1125. Harpprecht. *ad* §. 3. *inst. h. tit.* 583. *et seqq.* aliique plures ab his *citt.* et ratio est, quia vulgata juris est regula, scriptam ad rei gestae substantiam, aut fidem necessario non requiri, a qua regula non est recedendum, donec aperte demonstretur, exceptio talis autem circa contractum emphyteuticum non probatur: ergo etc.

89

Dicitur 6. *quo res soli, seu immobilis*: ut denotetur objectum emphyteuseos esse solas res immobiles, ut indicat rubrica *tit. ff. si ager vectigal.* et ratio patet, quia emphyteusis conceditur ad finem meliorationis; res mobiles autem aut usu pereunt, aut deteriores fiunt. Imo, spectata contractus istius origine, solae res steriles, ad culturam redigendae, venerunt in emphyteusin, ut cum aliis notat Struv. *ad ff. exerc.* 11. *th.* 52. *et* 63. clariss. P. Schmier *tract. de pact. et contract. cap.* 2. *n.* 400. Licet successu temporis praedia fertilia quoque, tam urbana, quam rustica dari in emphyteusin coeperint; *l. si finita* 15. §. *si de vectigalibus* 26. *ff. de damn. infect. novell.* 7. *cap.* 3. §. 2. *novell.* 120. *cap.* 1. *per totum*, Struv. *exercit. cit. th.* 60. Lauterbach *ad tit. ff. si ager vectig.* §. 8. P. Schmier *l. cit. n.* 400.

Dicitur 7. *cum translatione dominii utilis, retento dicto, seu proprietate*: quo differt ab usufructu, et emptione venditione; quia per usumfructum sola utendi, fruendique facultas, a jure dominii separata, per emptionem venditionem, si traditione rei venditae consummata sit, etiam dominium directum, seu proprietas in emptorem transfertur.

90

Dicitur 8. *in perpetuum vel ad tempus*; quamvis enim primaeva hujus contractus natura sit, ut perpetuus sit, tamen etiam ad tempus, puta ad 10. 20. 30. pluresve annos, vel ad vitam concedentis, seu ad duas vel tres generationes pactis partium emphyteusis concedi potest, ut constat ex *l. fin. ff. si ager vectigal. novell.* 120. *cap.* 5. *princ.* ibi *ultra quinquennium volumus fieri.* Cujac. *in l.* 1. *de locat. praed. civil.* Clar. *de jur. emphyt. quaest* 28. *n.* 3. Giphan. *l.* 3. *disput. jur. civil.* 29. *th.* 21. Harpprecht *ad* §.

3. *inst. h. tit. n.* 95. Haun. *tom.* 3. *tract.* 9. *n.* 483. Konig. *n.* 30. *hic.* Nec ideo vera, et propria emphyteusis esse desinet; quia licet naturalia contractus mutentur, non tamen nomen, vis, et substantia ipsius contractus subvertitur, quae in hoc maxime consistit, quod transferatur dominium utile cum onere praestandi annui canonis in recognitionem dominii directi.

Dicitur 9. *cum onere certae pensionis etc.* quia haec praecipue hujus contractus, et juris emphyteutici propria est; nam sine hac aut erit venditio, si pretium semel solvitur; aut permutatio, si species cum specie permutatur; aut donatio, si pro re nihil praestatur.

91

Quaeritur 2. quomodo differat emphyteusis ab aliis contractibus? Resp. 1. Differt a *locatione*; quia res etiam mobilis locari potest, non tamen dari in emphyteusin, cum haec ne in illis quidem juribus constitui possit, quae immobilibus comparantur, uti sunt reditus annui perpetui. 2. Emphyteusis praestat dominium utile ei, qui accipit, non item locatio; *l. non solet* 39. *ff. h. tit.* Et hinc emphyteuta quandoque dominus in jure vocari solet. 3. Conductor rei locatae servitutem, aut aliud quodpiam jus imponere nequit; potest vero emphyteuta, ita tamen, ut servitus finiatur, finita emphyteusi; *arg. l. praetor ait* 1. §. *fin. ff. de superficieb.* 4. In locatione pensio solvitur, tanquam justa aestimatio fructuum, vel usus; in emphyteusi autem principaliter in recognitionem dominii directi. Et hinc 5. inter fructus emphyteuseos, et annuum canonem plerumque non solet esse proportio, qualis tamen esse debet, et solet in locatione conductione.

92

Ab emptione venditione. 1. Quia in emptionem venit res non tantum immobilis, sed etiam mobilis; in emphyteusin immobilis tantum. 2. In emptione rei ipsius, quae venditur, dominium, et quidem verum, ac plenum, aut certe usucapiendi conditio a venditore in emptorem transfertur; in emphyteusin non tam ipsa res, quam rei usus, et dominium duntaxat utile. 3. In emptione debet intercedere pretium nummarium; in emphyteusi pensio non praecise in pecunia numerata, sed etiam in specie, vel quantitate, veluti vino, aut frumento, constitui potest. 4. In emptione aestimatur res ipsa, quae venditur pretio; in emphyteusi nec res, nec usus rei aestimatur pensione illa, quae quotannis solvitur, sed pensio ista penditur in recognitionem dominii directi. 5. In emptione quando semel pretium ab emptione solutum est, nihil ulterius venditori praestatur, et si res intereat, emptori perit; at vero in contractu emphyteutico praestatur annuus canon, et interitus rei sine culpa levi

emphyteutae contingens ad dominium directum spectat, emphyteuta imposterum a praestatione canonis liberato; Laym. *l.* 3. *tract.* 4. *cap.* 22. *n.* 1. *vers. hinc etiam*, Haun. *tom.* 4. *tract.* 10. *n.* 443. Engl. *hic n.* 12. Konig. *n.* 37.

93

3. *Ab usufructu*; quia ususfructus non transfert dominium utile, sed est servitus tantum personalis in solo usu consistens, quae nec in haeredes transeat, nec quoad jus ipsum in alium cedi, vel transferri possit; §. *finitur* 3. *inst. de usufruct. l. si ususfructus* 66. *ff. de jur. dot.* Praeterea natura ususfructus est, ut gratuito constituatur sine annua pensione: quae tamen omnia se aliter habent in emphyteusi.

4. *A feudo*; quia in hoc, et secundum ordinariam naturam feudi tantum succedunt haeredes sanguinis, agnati, masculi, non extranei, aut foeminae, qui tamen admittuntur ad successionem in emphyteusi, ut dicetur *n.* 120. Deinde in feudo regulariter non solvitur canon, aut laudemium, prout hoc fit in emphyteusi, sed in eo vasallus solum obligatur ad obsequia personalia; Engl. *n.* 12. *cit. vers. cum fundo.*

5. *A contractu censuali reservativo*; quia in hoc in censualistam seu accipientem transfertur dominium non tantum utile, sed etiam plenum rei; et si census, vel pensio annua, per eum reservata, biennio, aut triennio non solvatur, non propterea res censualis in commissum cadit, sicut tamen cadit in emphyteusi; Clar. §. *emphyteusis. quaest.* 1. *n.* 2. Laym. *l.* 3. *tract.* 4. *cap.* 23. *n.* 3. Pirh. *hic n.* 31. Vviest. *n.* 34.

94

6. *A contractu libellario*; quia contractu emphyteuticus proprie tunc fit, quando verus dominus proprietatis dat rem utendam fruendam alteri, libellarius autem, quando vasallus, vel emphyteuta concedit alteri praedium pro pensione annua, quod ipse habuerat in feudum, vel emphyteusin. Deinde in contractu emphyteutico concedens est dominus directus rei, non vero in libellario. Denique emphyteusis renovari non solet, nisi mutato possessore; libella vero renovatur anno vigesimo nono, possessore non mutato, data certa pecunia arbitrio boni viri.

7. *A contractu vitalitio*; quia vitalitium, vulgo *Leis Zeding*, est concessio rei immobilis sub onere solvendae pensionis annuae ad vitam unius, vel utriusque conjugis; at emphyteusis vel ad vitam illius, cui conceditur, vel ad unam, aut plures generationes, vel etiam in perpetuum concedi potest: cons. emphyteusis a vitalitio differt, ut genus a specie; Haun. *tom.* 3. *tract.* 9. *n.* 580. Vviest. *hic n.* 34.

95

Dubitatur, quid praesumendum sit, quando dubitatur, quo jure solvatur pensio, censuali, an emphyteutico ? Pro censuali habendum contendit Covar. *l.* 3. *var. cap.* 7. *n.* 1. Mascard. *de probat. concl.* 281. *n.* 1. et alii ab his *cit.* quod in dubio, quod minimum est, sequi oporteat; conctractus autem censualis minorem obligationem possessori imponit, quam emphyteuticus : ergo etc.

Sed rectius dicitur, quod communiter intuendus sit mos regionis, ut in dubio talis reputetur contractus, qui in eo loco frequentari solet, ut habetur *l. semper* 34. *ff. de R. J.* et notat Molin. *tract.* 2. *de just. D.* 381. *n.* 8. Laym. *l.* 3. *tract.* 4. *cap.* 23. *n.* 3. *fin.* Haun. *tom.* 3. *tract.* 9. *n.* 476. Vviest. *hic n.* 34.

96

Si ex consuetudine nihil decidi possit, recurrendum est ad conjecturas, et pro censuali reputabitur, si in instrumento factae concessionis posita reperiatur vox *venditionis*; quia emphyteuticus contractus potius locationis, quam venditionis est; Laym. *l. cit. n.* 4. Contra emphyteuticus aestimabitur, si in instrumento facta reperiatur mentio laudemii. Estque hoc verum, ut idem Laym. *l. cit.* notat, etsi istud longissimo tempore exactum non fuerit : per hoc enim fundus emphyteuticus esse non cessat, adeo, ut a novo successore in ejus investitura laudemium possit exigi, non obstante praescriptione, utpote, quae se tantum extendit ad praestationes praeteritas, non autem ad futuras, nisi in casu, quo ipso facto, aut expressa protestatione fundus temporis diuturnitate tanquam liber a laudemii solutione possessus fuisset.

97

Quodsi in instrumento nulla laudemii mentio facta sit seu expresse, seu implicite (videlicet ut rusticus teneatur ad omnia onera, quae emphyteutis communiter imponi solent) atque a tempore immemoriali nullum laudemium petitum; aut datum, adhuc in dubio praesumetur esse contractus emphyteuticus potius, quam censualis, maxime si rei concessio facta sit ab ecclesia; tum quia ita minus praejudicatur concedenti; tum vero quia ad substantiam contractus emphyteutici laudemium non requiritur, cum is variis modis, sive pactionibus institui possit, ut constat ex *l. emphyteuticariis* 2. *et l. seq. C. de jur. emphyt.*

98

Quaeritur 3. quotuplex sit emphyteusis ? Resp. Triplicem maxime divisionem invenio. Nam 1. dividitur in ecclesiasticam, et laicam, sive communem. *Ecclesiastica* dicitur, quae constituta est in re, cujus dominium directum, seu proprietas spectat ad ecclesiam,

collegium canonicorum, vel monasterium, aut alium pium locum. *Laica*, sive *communis*, quae constituta est in re, videlicet praedio, aut fundo mere profano. Adeoque ad cognoscendum, an emphyteusis aliqua ecclesiastica, vel laica sit, inspici debet persona, ad quam spectat dominium directum rei emphyteuticae, non illa, ad quem spectat dominium utile; nam si emphyteusis constituta sit in re, quae ad ecclesiam etc. spectat, ecclesiastica erit, etsi emphyteuta sit laicus; laica vero, si constituta sit in fundo profano, etsi emphyteuta sit clericus; Pirh. *hic n.* 32.

99

2. Dividitur in novam, et veterem. *Nova* est, quae originem habet a persona, cui ea primo concessa est, eamque non transcendit; *vetus* autem, quae ab una ad aliam personam devenit.

3. In haereditariam, non haereditariam, et mixtam. *Haereditaria simpliciter* est, quae accipienti, ejusque haeredibus quibuscunque etiam extraneis, et quibus dederit, concessa est. *Non haereditaria*, sive ut vocant, *ex pacto*, *et providentia* seu *familiaris*, *et gentilitia* est, quae alicui, et filiis, seu descendentibus concessa est, nulla facta mentione haeredum, ac proinde vi concessionis transit ad solos descendentes, et ad hos etiam, quando haeredes non sunt. *Mixta* denique appellatur, si pro filiis, seu descendentibus simul, et haeredibus concessa est: et nomenclationis istius clara est ratio; quia in ea neque descendens succedit, nisi sit haeres; neque haeres, nisi sit descendens; Clar. §. *emphyteusis quaest.* 16. *n.* 1. Molin. *tr.* 2. *D.* 472. *et seq.* Laym. *l.* 3. *tract.* 4. *cap.* 23. *n.* 12. Vviest. *hic num.* 35.

4. In perpetuam, et temporalem: perpetua est, quae sine limitatione temporis contrahitur in perpetuum: qualis in dubio censetur quaelibet emphyteusis. *Temporalis*, quae contrahitur ad tempus aliquod determinatum.

100

Quaeritur 4. quis emphyteusin concedere possit? Resp. Emphyteusin in genere concedere possunt omnes, quibus praeter dominium competit libera rerum suarum administratio, et alienandi facultas. In specie id possunt: 1. Civitates; *l. agri* 1. *pr. et* §. *qui in perpetuum* 1. *ff. si ager vectig.* 2. Collegia ecclesiastica, et ecclesiarum praelati, sed cum canonum solemnitatibus; *cap. nulli* 5. *de reb. eccl. non alien. et novell.* 7. *cap.* 3. 3. privatus quilibet; *l. jus* 1. *et duab. seqq. C. de jur. emphyt.* Addidi autem, *quibus libera rerum suarum administratio etc.* Et hinc quia ista pupilli, et minores non pollent, etiam praedia sua in emphyteusin dare non possunt, nisi adhibita tutoris, vel curatoris authoritate, et magistratus decreto

interveniente; *l. sed si* 3. §. *nec ususfructus* 5. *ff. de reb. eor. qui sub tutel. l. non solum* 4. *l. etiam* 13. *et tot. tit. C. de praed. min. sin. decret. non alien.* Harpprecht *ad* §. 3. *inst. h. tit. num.* 126.

101

Dub. 1. an, et qua ratione praelatus bona ecclesiae, cui praeest, possit in emphyteusin dare? Ratio dubitandi sumitur 1. ex *novell.* 7. *cap.* 3. *et novell.* 120. *cap.* 1. quibus textibus emphyteuticandi facultas conceditur ecclesiae; dummodo contractus ultra filios, et nepotes non porrigatur: 2. ex *cap. ad aures* 7. *de reb. eccl. non alien.* ubi episcopus terras arabiles sub annuo censu in emphyteusin dare permittitur ex causa majoris utilitatis, absque mentione ullius solemnitatis, ex quibus textibus videtur colligi emphyteusin ecclesiasticam non requirere aliquam solemnitatem juris.

102

Sed melius respondetur distinguendo: vel enim agitur de danda in emphyteusin re aliqua modica, et ecclesiae parum utili, vel de re, aut fundo aliquo ecclesiae utili. *Si primum*, sicut ex justa causa secundum dicta *tit.* 13. *num.* 39. alienari, ita etiam in emphyteusim concedi sine solemnitatibus possunt. *Si secundum*, ut ejusmodi res immobilis in emphyteusin concedi possit, praeter justam causam accedere etiam solemnitates debent, quae ad alienationem rerum ecclesiasticarum requiruntur; *can. hoc jus porrectum* 2. §. *perpetua caus.* 10. *quaest.* 2. *can. apostolicos* 13. *caus.* 12. *quaest.* 2. *cap. nulli* 5. *de reb. eccl. non alien. et extrav. ambitiosae eod.* Ratio clara est, quia emphyteusis est quaedam species alienationis; *cap. nulli citat. et novell.* 7. *cap.* 1. *vers. alienationis*; quia per eam utile rei dominium transfertur in emphyteutam: hinc generaliter, quibus alienare prohibitum est, iisdem etiam non est permissum dare in emphyteusin, maxime si sint praelati, et rerum ecclesiasticarum administratores.

103

Neque obstant textus allati pro ratione dubitandi. *Ad* 1. constitutiones imperiales *citt.* imprimis concernunt solam fere Constantinopolitanam ecclesiam; deinde in hac materia attendendae non sunt, cum aliter dispositum sit jure ecclesiastico *per extrav. ambitiosae cit.* ubi contractus emphyteuticus, circa res ecclesiasticas sine solemnitatibus celebratus, generaliter, et indistincte prohibetur, ac irritatur. Igitur prohibetur ex hac constitutione etiam temporalis. *Et confirmatur* ex eadem *extrav.* nam per istam nec locare praelatus res immobiles ecclesiae ad tempus triennio longius potest: ergo multo minus in emphyteusin dare. *Ad* 2. in casu *cap. ad aures cit.* agitur de terris, et fundis, qui prius silvosi, et in-

culti, postea agricolarum opera ad culturam redacti, et fertiles facti sunt: et has *ibidem* Alexander III. statuit iisdem agricolis sub annuo censu haereditario jure in emphyteusin concedi posse: et merito; quia alias difficulter idoneus cultor repertus fuisset, et qui culturam hujusmodi fundorum suscepissent, non ita studiose procurarent talium fundorum meliorationes, in plantandis arboribus etc. utpote quarum fructibus nunquam fuissent fruituri, vel ipsi, vel posteri illorum; Haun. *tom.* 3. *tract.* 9. *num.* 483. *fin.*

104

Dub. 2. an eaedem solemnitates requirantur ad dandum in emphyteusim, fundum aliquem, qui jam antea in emphyteusim datus ab ecclesia fuit, sed ad hanc per mortem emphyteutae sine haeredibus decedentis, vel privationem illius ob delictum, aut alia ex causa quoad dominium utile reversus est? Resp. negative: sed ejusmodi fundus a praelato sine consensu capituli, et aliis juris solemnitatibus iterum concedi alteri in emphyteusim potest, modo eadem causa in emphyteusim sic concedendi cum ecclesiae utilitate subsit, quae olim erat. Ita Abb. *in cap. ut super* 8. *de reb. eccl. non alien. num.* 11. Clar. §. *emphyteusis quaest.* 6. *num.* 1. Redoan. *de reb. eccl. quaest.* 51. *num.* 6. *et quaest.* 60. *per totam.* Azor. *p.* 3. *l.* 10. *de emphyt. cap.* 2. *quaest.* 8. Gaill. *l.* 2. *obs.* 161. *num.* 3. *et* 4. Bonac. *D.* 3. *de contract. quaest.* 8. *p.* 4. *num.* 30. Barbos. *de offic. episc. alleg.* 95. *num.* 29. Pal. *p.* 15. §. 4. *num.* 3. Gibalin. *tom.* 2. *de negot. l.* 4. *cap.* 8. *art.* 4. *confect.* 10. *num.* 6. Monacell. *p.* 2. *tit.* 14. *form.* 2. *num.* 2. Zoes. *hic num.* 16. Pirh. *num.* 46. Engl. *num.* 15. Schamb. *num.* 8. Vviest. *num.* 38. et constat per *extr. ambitiosae cit. et cap. fin. de feud.* ubi permittitur episcopus in rem ecclesiae, quae in feudum antea fuit data, iterum concedere in feudum. Ergo etiam potest dare in emphyteusin, si antea in emphyteusin data est. *Ratio est*, quia haec non censetur nova alienatio, sed potius executio ordinationis antiquae, illius sc. qua olim decretum fuit, ut fundus ob utilitatem ecclesiae in emphyteusin, aut feudum concederetur.

105

Imo non praecise tenebitur praelatus hujusmodi fundum iterum dare in emphyteusin, sed potest illum etiam concedere in usumfructum, elocare, vel alium contractum desuper celebrare, prout e majori ecclesiae utilitate id futurum duxerit. Engl. *num.* 15. *hic.* Et verum est hoc, etsi res illa semel duntaxat in feudum, vel emphyteusin concessa fuerit, ut *arg. cap. fin. cit.* notat Pirh. *num.* 46. *cit.* quia canonicum dogma est, quod res semel facta alienabilis censeatur perpetuo esse alienabilis, praesertim ubi conditio

ecclesiae, de cujus bonis agitur, melior per id efficitur, prout fit, quando res ejus, quae antea concessa fuit in feudum, vel emphyteusin, conceditur in usumfructum, utpote quo minus praejudicium creatur ecclesiae.

106

Excipi tamen duplex casus hic debet. *Unus est*, quando mutato rerum statu, causa primae concessionis in emphyteusin, aut feudum cessavit; tunc enim non potest praelatus rem ad ecclesiam reversam de novo in emphyteusin concedere, vel infeudare, prout cum allegatis *supra* communiter canonistae ceteri teste Pirh. *num.* 47. *Alter* est, si fundus emphyteuticus, aut feudalis, postquam ad ecclesiam reversus est, mensae episcopi, vel praelati sit applicatus, et incorporatus; tunc enim ut denuo alteri concedi in feudum, vel emphyteusin possit, opus est consensu capituli, et aliis juris solemnitatibus; Abb. *l. cit. num.* 10. cum reliquis *supra.*

107

Dub. 3. quomodo facienda sit infeudatio, vel concessio in emphyteusin, aut feudum dari solitae? Resp. Si praelatus denuo illam infeudare, aut in emphyteusin concedere velit, debet illam facere eodem modo, et non minus ecclesiae utili, quam olim facta erat; alioquin irrita est concessio, nisi tractatus, et consensus capituli, atque superioris authoritas interveniat: intellige, non secundum se totam, sed quoad excessum: nam intra limites, quibus constricta concessio fuit ante hac, valet; quia utile per inutile non vitiatur, quando commode separari possunt, nisi aperte constet aliam fuisse mentem contrahentium; Clar. §. *emphyteusis quaest.* 6. *nnm.* 2. Rosenthal. *tract. de feud. cap.* 4. *concl.* 37. Laym. *disp. can. thes.* 87. Gibalin. *tom.* 2. *de negot. l.* 4. *cap.* 8. *art.* 4. *consect.* 10. *num.* 4. *et seqq.* Joan. Emerix *decis.* 52. *num.* 14. Pirh. *hic num.* 48.

108

Ex quo sequitur 1. si res antea fuit concessa in feudum, vel emphyteusin pro masculis tantum, non posse postea concedi pro foeminis. 2. Si concessa fuit emphyteutae ad vitam ejusdem tantum, non posse postea concedi ad generationes duas, vel plures. 3. Si concessa fuit ad duas generationes, non posse postea concedi ad plures generationes. 4. Si infeudari est solita, non posse concedi in emphyteusin. 5. Si in emphyteusin concedi solita in majorem utilitatem, non posse concedi denuo pro minore utilitate.

109

Quaeritur 5. cui concedi res in emphyteusin possit? Resp. Emphyteusin accipere possunt, qui contrahere, aut contrahendo obli-

gari; nam emphyteuta contrahit cum domino directo, sibique non solum commodum, sed etiam incommodum, seu obligationem imponit; sicque facultate contrahendi, seque obligandi praeditus esse oportet. Et hinc, quia hac carent pupilli, et minores, tutorum, ac curatorum suorum authoritatem, ac consensum adhibeant, oportet, ne pactis, et conditionibus addi solitis forte nimium obstringantur; *arg. l. si infanti* 18. §. *parente* 2. *C. de jur. deliber. l. quamvis* 32. *ff. de acquir. vel amitt. possess.*

110

Si emphyteusis sit ecclesiastica, attendi magis debent ss. canones, quam leges civiles, nisi hae ab ecclesia approbatae, aut usu receptae sint: ac proinde personae, quas illi non admittunt, a successione in emphyteusi ecclesiastica excludendae sunt, ut recte Molin. *tract.* 2. *de j. et j. D.* 446. *num.* 5. Pal. *tract.* 32. *D.* 10. *p.* 2. *num.* 2. Haun. *tom.* 3. *tract.* 9. *num.* 480. Vviest. *hic num.* 39. et ratio est, quia legum civilium conditores adversus ecclesiam, et in ejus praejudicium statuere nil potuerunt: quae ratio probat, universim controversias, quae circa emphyteuses ecclesiasticas ortae sunt, potius secundum ss. canones, quam leges civiles decidendas esse.

111

Dub. 1. an praelatus emphyteusin, quae ad ecclesiam reversa est, possit consanguineis suis concedere? Negat cum aliis Harpprecht *in* §. 3. *inst. h. tit. num.* 196. fundans se *in novell.* 120. *cap.* 5. et ducta inde *auth. quibuscumque C. de ss. eccl.* ubi oeconomis, et venerabilium domorum ordinatoribus, eorumque consanguineis interdicitur emphyteusin, et locationes, seu hypothecas rerum ipsis venerabilium domibus competentium, accipere etc. cujus constitutionis ratio est ne isti administratores ecclesiae fraudem, et damnum inferre possint; *can. decenter* 6. *dist.* 89.

112

Verum quia nulla constitutio canonica reperitur, ex qua consanguinei praelati ab hujusmodi emphyteusibus repellantur, non appareat, quare ipsi in hac parte debeant esse deterioris conditionis, quam alii; hinc dicendum posse, modo omnia bona fide, et cum evidenti ecclesiae utilitate agantur; Abb. *l.* 1. *cons.* 41. Fachin. *l.* 7. *contr. cap.* 31. P. Engl. *hic num.* 16. clariss. P. Schmier *tract. de pact. contract. cap.* 2. *num.* 412. *et duob. seqq.*

113

Neque obstat *nov.* et *auth. citt.* in contrarium quia imprimis ibi sermo non est de praelatis, sed tantum de oeconomis, et similibus administratoribus inferioribus hospitalium, et aliorum piorum

locorum quorum potestas longe restrictior est, quam praelatorum, magisque in illos, quam in istos cadit fraudis praesumptio. Vel si etiam praelati ibidem intelligendi essent, dicendum *auth.* et *novell. citt.* tantum loqui de emphyteusi, quae non servatis servandis, ex puro amicitiae motivo, consanguineis concedentis constituitur in damnum ecclesiae. Vel denique dices, eam constitutionem, utpote mere civilem, praelatos, tanquam personas ecclesiasticas, ex defectu jurisdictionis ligare non posse.

114

Dub. 2. utrum praelatus, vel alius rei emphyteuticae dominus emphyteusin, finita generatione, pro quae concessa fuit, aut alio modo ad ecclesiam reversam teneatur dare cognatis ultimi emphyteutae, si petant, eosque praeferre extraneis? Affirmativam defendunt Bartol. *in l.* 1. *§. permittitur ff. de aqu. quot. et æstiv.* Clar. *§. emphiteusis quest.* 43. Mantica *de tacit. et ambig. convent. tom.* 2. *l.* 22. *tit.* 35. *num.* 1. Gabriel. *l.* 7. *tit. de jur. emphyt. concl.* 1. Mynsing. *cent.* 5. *obs.* 16. *et cent.* 6. *obs.* 79. Seraphin. *decis.* 195. *num.* 1. Valasc. *cons.* 101. *et* 157. Molin. *tract.* 2. *D.* 484. *num.* 2. Rebell. *de oblig. just. num.* 2. *l.* 11. *quæst.* 19. Barbos. *in cap. fin. hoc tit. p.* 161. estque teste Mantica *l. cit.* in sacro auditorio saepius resolutum. Fundantur diversis juris civilis textibus, et prae ceteris 1. *l. imperator* 60. *ff. de pact.* et *l. cum bona* 16. *ff. de reb. auth. jud. possid.* ubi si bona debitoris vendantur, in emptione eorum creditores quidem cognatis, cognati autem extraneis praeferuntur. 2. *l. jubemus* 3. *§. et filios* 5. *C. de advocat. divers. judicum*, ubi filii advocatorum, si idonei sint, ad officium suorum parentum praemortuorum ante extraneos admittuntur. 3. *l. ait. prætor* 1. *§. permittitur* 41. *et seqq. ff. de aqu. quot. et æstiv.* ubi respondetur, quod quando aquae ductus concessus est personis, non transeat ad haeredem, vel emptorem; si tamen eis petentibus non concedatur, injuria sit.

115

Sed dicendum, esse quidem aliquam aequitatem, seu benignitatem, ne dominus in concessione emphyteusis ad se devolutae extraneos praeferat consanguineis ultimi emphyteutae, si rem rursus in emphyteusin concedere, et non pro se, aut suis reservare velit, interim in rigore non esse obligationem, vel jus petendi ex parte consanguineorum. Ita Fachin. *l.* 1. *contr. cap.* 100. Mysing. *cent.* 5. *obs.* 47. *num. ult.* in hoc sibi contrarius Rosenthal *tract. de feud. cap.* 4. *concil.* 26. Sermient *select. l.* 3. *cap.* 7. *numer.* 2. Laym. *l.* 3. *tract.* 4. *cap.* 23. *num.* 17. Hunn. *ad treutl. vol.* 1. *D.* 29. *quæst. ult. pag.* 1803. *et seq.* Gaill. *l.* 1. *obs.* 148. *num.* 2. Harpprecht

ad §. 1. *inst. h. tit. numer* 208. card. de Luca *de emphyt. disc.* 12. *num.* 12. Monacell. *p.* 2. *tit.* 14. *form.* 2. *num.* 11. Engl. *hic num.* 17. Pirh. *num.* 46. *fin.* clariss. P. Schmier *tract. de pact. et contract cap.* 2. *num.* 416. ostenditur ; nam si esset aliqua obligatio, ea foret vel ex pacto , vel ex lege. *Non ex pacto* ; quia supponitur juxta pactum emphyteuticum rem esse libere , et pleno jure ad dominum reversam ; cons. sicut alias quilibet in re sua moderator , et arbiter est; *l. in re mandata* 21. *C. mandat.* et qui jure suo utitur, nemini facit injuriam; *l. nullus* 55. *ff. de R. J.* ita etiam de emphyteusi ad se reversa , tanquam de re sua , dominus libere disponere, sine ullius injuria , poterit: *non etiam ex lege* ; quia non habetur hujus rei conveniens aliquis textus : imo in *novell.* 7. *cap.* 3. §. *fin.* talis petitio consanguineorum expresse removetur. *Adde* , quod juxta communes juris regulas , quibus tamdiu insistendum, donec contraria exceptio ostendatur, nemo invitus contrahere, aut vendere tenetur; *l. invitus.* 11. *C. h. tit. l. invitum* 11, et *l. dudum* 14. *C. de contrah. empt.*

116

Neque obstant textus in contrarium allegati. *Ad* 1. textus illi loquuntur in speciali casu , quando sc. bona debitoris obaerati , authore judice , possidentur , et venduntur ; a diversis autem ad diversa non est bona illatio. *Ad* 2. ibi sermo est de officiis publicis, in quibus distribuendis utique prae ceteris habenda est ratio filiorum , quorum parentes in eodem genere officii de rep. optime sunt meriti ; quia filii sperantur similes futuris suis parentibus , si deprehendantur ad illud officium idonei. At in proposita materia disputatur de jure privato , quod sententia adversa nimium videtur restringere contra naturam dominii , ex qua cuilibet concessa est facultas libera disponendi de re sua pro lubitu. *Ad* 3. alia est ratio rei in emphyteusim datae , in qua jus nullum praetendere, vel probare proximior agnatus potest.

117

Dub. 3. an laicus , qui ab ecclesia , vel alio , a tributis , et similibus oneribus exemplo, praedium in emphyteusin accepit, a tributorum etc. onere etiam ipse exemptus sit? Negant exemptum esse Roland. a Valle *cons.* 18. *num.* 28. Frid. de Senis *cons.* 109. *et* 111. Navar. *man. cap.* 22. *numer.* 118. Valasc. *de jur. emphyt. quæst.* 17. *num.* 11. Molin. *tract.* 2. *D.* 446. *num.* 2. Less. *l.* 2. *cap.* 24. *num.* 44. Bonac. *bull. cœn. can.* 18. *p.* 3. §. 1. *num.* 9. Alterius *ibid. cap.* 6. *dub.* 6. et alii plures apud Carol. de Grass. *eff.* 3. *num.* 74. Fundantur communi illo principio ; quia res conditionem accipit a persona: et hinc si res tributis subjectae ad curiales perve-

niant, etiam ipsae a tributis immunes fiunt; *l. un. C. de impon. lucr. descript.* igitur cum in nostro casu persona sit laica, et tributis subjecta, etiam prediorum hujusmodi dominium utile tributis obnoxium reddent. *Conf.* si aliqua esset ratio, cur hujusmodi emphyteuta laicus deberet immunis esse, esset haec, quod sic praejudicium afferretur ecclesiae, atqui huic nullum affertur praejudicium; quia tributi pendendi onus emphyteutae imponitur, non propter ipsa praedia, et fundos in emphyteusin acceptos, sed propter istorum dominium utile, et propter utendi fruendi jus, non jam ecclesiae, sed laico competens.

118

Sed videtur praeferenda affirmativa, tanquam ecclesiae favorabilior, quam etiam defendunt Bartol. *in l. privatæ* 10. *C. de excusat. muner.* Tiraquell. *de retract. consang.* §. 1. *gloss.* 13. *numer.* 10. Monach. *l.* 2. *de arbitr. cap.* 162. *num.* 46. Fachin. *l.* 1. *contr. cap.* 91. Leo *thes. p.* 3. *cap.* 8. *num.* 119. Tambur. *de jur. Abb. tom.* 1. *D.* 15. *quæst.* 21. *num.* 9. Dian. *p.* 3. *tract.* 1. *res.* 24. Delben. *de immunit. cap.* 5. *dub.* 7. *sect.* 18. *num.* 1. Pignatell. *tom.* 2. *consult.* 50. *per totam*, et alii plures apud P. Emman. Correa *in idea consiliarii D.* 6. *num.* 1875. stantque pro ea teste Pignat. *l. cit.* complures declarationes card. decisiones Rotae. Sumitur 1. a paritate cum emphyteuta fisci; nam hic etiam ipse immunis est per *l. privatæ cit. et l. omnis* 2. *C. de episc. et cleric.* ecclesia autem aequiparatur fisco per tradita ab Everhard. *legal. arg. loco a fisco ad ecclesiam numer.* 2. ergo etc. 2. quia dominium utile connexum est cum directo; sed hoc gaudet immunitate ecclesiastica a tributis; ergo etiam illud. *Conf.* roborant *decisio Rotæ die* 28. *maii* apud Antonio de Marin. *quotid. resol. cap.* 207. *num.* 4. Item *declar. s. congreg. immunit.* et aliae decisiones, praesertim *in imolens.* 27. *maii* 1654. ac denique *rescriptum. ejusdem congreg. ad episcopum senogalliensem die* 8. *dec.* 1668. in quo illi injungitur, ut tueatur ad tenorem decretorum, ne bona ecclesiarum emphyteutica collectentur. 3. quia si hujusmodi emphyteuta legibus tributariis adstringeretur, his indirecte afficeretur ipsa ecclesia; nam propter hoc onus minor pensio solvitur ab emphyteuta: ecclesiae autem legibus civilibus ne indirecte quidem gravari possunt; *cap. fin. de immunit in* 6.

119

Neque obstat *l. un* in contrarium allegata; quia hujus dispositione specialis favor curialibus indultus est; a favore autem speciali aliquibus indulto non recte desumitur argumentum in ecclesiae odium, cum alias regulare sit dogma ex eadem *lege* desumptum, quod rem

a tributis, et collectis immunem possidens, etiam ipse ab ipsis immunis sit. *Ad Conf.* patet ex dictis; nam neque dominium utile rerum ecclesiasticarum, utpote quae natura sua exemptae sunt, legibus tributariis subjicitur, estque perinde, etiamsi obtineatur a laico, modo ecclesiae nomine, et jure obtineatur.

120

Quaeritur 6. quinam succedant in emphyteusi? Resp. hic distinguendum est, an emphyteusis sit temporanea, seu restricta ad certos annos, aut solam emphyteutae vitam, an vero perpetua sine aliqua restrictione temporis. *Si primum*, exacto tempore, pro quo concessa est, aut emphyteuta mortuo, revertitur emphyteusis ad dominum directum. *Si secundum*, considerandus est modus concessionis, an videlicet, concessa sit pro se, et filiis, an pro se, et haeredibus, an successoribus, an vero simpliciter, nulla facta mentione expressa haeredum, aut filiorum.

Si concessa est pro se, et filiis, succedere possunt etiam foeminae. Ita communis DD. et inter hos Clar. §. *emphyteusis quaest.* 32. *princ.* Covar. *l.* 2. *var. cap.* 18. *n.* 1. Fachin. *l.* 8. *contr. cap.* 97. Molin. *tract.* 2. *de J. et J. D.* 474. *num.* 10. Laym. *l.* 3. *tract.* 4. *cap.* 23. *n.* 13. Haun. *tom.* 3. *tract.* 9. *n.* 557. Gibal. *tom.* 2. *de negot. l.* 4. *cap.* 8. *art.* 4. *consect.* 10. *n.* 2. Monacell. *p.* 2. *formul.* 2. *tit.* 14. *num.* 6. Jacob. Emerix *decis.* 653. *n.* 1. Vviest. *hic n.* 44. et alii. Colligitur ex *novell.* 7. *cap.* 3. *princ.* quae emphyteusin ecclesiasticam etiam ad foeminas transire satis exprimit ibi, *filiis tantum masculis*, *aut foeminis*, *aut nepotibus utriusque naturae*. Ratio est, quia *filiorum* nomine etiam filiae *pr. cit. l. filius* 84. *l. quisquis* 116. *l. pronuntiatio* 195. *pr. et l. justa* 201. *ff. de V. S.* masculino etiam foemininum comprehenditur *l. qui duos* 62. *ff. de legat.* 3. *Excipitur*, nisi aliter receptum sit consuetudine; nam ut Laym. *n.* 13. *cit.* notat, consuetudine receptum est, ut non admittantur foeminae, nisi deficientibus masculis.

121

Si concessa emphyteusis sit pro se, et haeredibus, interest, an concessa sit pro se, et haeredibus ejusdem cum addito *quibuscunque*; vel alia simili particula, an illa omissa simpliciter, et indistincte. *Si primum*, extra dubium est, transire illam etiam ad extraneos; cum enim generalis haec particula ambitu suo haeredes omnes complectatur, procul dubio includet etiam extraneos; *arg. cap. solitae* 6. §. *praeterea* ibi *nihil excipiens dixit quodcunque de major. et obed. Si secundum*, distinguunt communiter DD. inter emphyteusin ecclesiasticam, et laicam; nam si *laica sit*, concedunt

vi talis concessionis etiam ad extraneos porrigi ; si vero *ecclesiastica* sit, volunt ad haeredes extraneos, et ultra accipientis filios, et nepotes, sive generationem ejus alteram non transmitti : et probant istud *ex novell.* 7. *cap.* 3. *pr.* ubi de ejusmodi emphyteusi agens imperator eam fieri, et transire sinit usque ad accipientis vitam, et si quos habet filios, et nepotes. Verum ex textu isto nihil probatur ; tum quia ibi expresse agitur de majori ecclesia, ceterisque religiosis domibus constantinopolitanis ; tum etiam quia dispositio istius novellae sanctionibus canonicis nuspiam est approbata : imo emphyteuses perpetuas ab ecclesiis extra urbem illam satis dari imperator diserte permittit *novell.* 120. *cap.* 6. §. 1. Hinc dicendum, seclusa consuetudine (quae ubique observanda est) probabilius emphyteusin, ab ecclesia cum debitis solemnitatibus alicui, et descendentibus, ac haeredibus illius datam, non solum transmitti ultra generationem alteram, sed etiam ad extraneos. Ita Abb. *in cap.* 8. *de probat. n.* 28. Clar. §. *emphyteusi. quaest.* 28. *vers. tertius*, Covar. *l.* 2. *var. cap.* 18. *cit. n.* 3. Molin. *tract.* 2. *D.* 469. *n.* 3. Laym. *l.* 3. *tract.* 4. *cap.* 23. *n.* 13. *concl.* 3. Barb. *in cap. fin. h. tit. n.* 152. Harppr. *in* §. 3. *inst. ibid. num.* 18. Vvies. *hic n.* 46. Ex quo sequitur eam perpetuam esse ; talis enim ex natura est, et praesumitur esse, nisi ad certum tempus, personam vel generationem restricta sit.

122

Si denique concedatur simpliciter, nulla facta mentione expressa haeredum, aut filiorum, juxta communem DD. censeri debet emphyteusis familiaris, et ex providentia, ita, ut in ea non extranei haeredes, sed soli filii, et descendentes succedant, etsi haeredes non sint, sed vel haereditatem repudiaverint, vel exhaeredati sint. *Excipitur*, nisi alicubi consuetum sit, ut emphyteuses concedantur cum facultate transferendi ad quoscunque etiam extraneos ; nam sub hac forma concessae simpliciter haereditariae censebuntur, etiamsi in concessione nec mentio haeredum, nec successorum facta sit. Unde pro regula cognoscendi, qualis sit emphyteusis, et qui in eam succedant, est mens concedentis per verba sufficienter expressa, aut per circumstantias explicata ; si vero de hac non satis constat, talis existimabitur, qualis, et qualiter per consuetudinem loci, in quo conceditur, contrahi solet.

123

Dub. 1. an in emphyteusi, deficientibus legitimis succedant filii naturales illegitimi ? Resp. distinguendo inter emphyteusin laicam, et ecclesiasticam. *In emphyteusi laica* videndum, an tunc, quando emphyteusin accepit, emphyteuta jam habuerit filium naturalem,

an non. Si habuit, iste, legitimis deficientibus, probabilius succedit, ex praesumpta patris intentione, qui si stipulatus emphyteusin fuit sibi et filiis, censendus est etiam naturalibus fuisse stipulatus; secus, si talem, vel tales non habuit. *Ecclesiastica emphyteusis* nunquam censeri debet concessa illegitimis, nisi id aperte expressum fuerit. Ita Clar. §. *emphyteusis quaest.* 30. *n.* 1. Paleotus *de nothis cap.* 30. Mantic. *de tacit. et ambig. convent. l.* 22. *tit.* 11. Stephan. Gratian. *discept. for. cap.* 218. *a n.* 35. *et n.* 38. Molin. *tract.* 2. *D.* 475. *n.* 7. Barb. *in cap. fin. h. tit. n.* 152. Haun. *tom.* 3. *tract.* 9. *n.* 559. Monacell. *p.* 2. *formul.* 2. *tit.* 14. *n.* 6. Jacob. Emerix *decis.* 721. *n.* 5. *et decis.* 1919. *n.* 2. Vviest. *hic n.* 43. *Ratio est*, quia cum ecclesia illegitimos, utpote actu peccaminoso susceptos, merito exosos habeat, non praesumitur, licet posset, velle eisdem sua bona communicare.

124

Proceditque hoc, etiamsi legitimati sint rescripto principis saecularis; quia princeps saecularis solum legitimare potest quoad bona sibi subjecta. Imo etiam legitimatus a pontifice non censetur legitimatus quoad hanc successionem, nisi id sufficienter exprimatur in legitimatione.

Quodsi tamen emphyteusis concessa esset per verba libere nominandi, quem voluerit, vel quemcunque voluerit emphyteuta, succedere in emphyteusi etiam ecclesiastica filius naturalis, imo spurius potest, si ita pater voluerit; Barb. *n.* 152. *cit.*

125

Dub. 2. utrum pater uni filiorum emphyteuticam bonum donare, vel praelegare possit? Resp. distinguendo, an sit emphyteusis simpliciter haereditaria, an ex pacto, et providentia. *Si primum*, possessor emphyteuseos eam uni liberorum in dotem dare, aut praelegare non prohibetur, modo id fiat sine diminutione portionis legitimae aliis liberis debitae; Clar. *V. emphyteusis quaest.* 16. Laym. *l.* 3. *tract.* 4. *cap.* 23. *n.* 16. quia ejusmodi bona censentur potius libera, seu allodialia, quam emphyteutica.

126

Si secundum, interest, an emphyteusis nova, an antiqua sit. *Si nova est*, seu ab emphyteuta primum acquisita, accedente consensu domini, uni filiorum praelegari potest, ut ex probabiliore docet Clar. *l. cit.* Laym. *n.* 16. *cit. concl.* 2. contra Molin. *D.* 478. Covar. *l.* 2. *var. cap.* 18. *n.* 2. *Ratio est*, quia pater stipulando pro se, et filiis suis, censetur stipulatus cum dependentia liberorum a sua persona, ita, ut nullum jus habeant ante mortem illius: cons. cum domino aliam formam contractus instituere potest, antequam

jus acquiratur descendentibus. Hoc tamen discrimen inter emphyteusin ex providentia, et inter haereditariam, et mixtam est, quod ea, quae ex pacto, et providentia est, non debeat computari in legitimam, nec falcidia, vel trebellianica ex ea deduci, quod tamen faciendum in haereditaria, et mixta praelegata.

127

Si vero antiqua est emphyteusis, possessor ejus ne quidem cum consensu domini uni liberorum eam donare, vel praelegare potest, ut communis habet teste Laym. *l. cit. concl.* 3. quia post mortem primi acquirentis jus descendentibus acquisitum est ex vi primae investiturae, quod jus praetor filiis ceteris non potest tollere.

128

Dub. 3. ad quem transeat, ac spectet emphyteusis, si emphyteuta religionem profiteatur? Resp. cum distinctione: vel enim monasterium, aut religio, quam profitetur, est capax stabilium bonorum, et redituum, vel eorum est incapax. *Si hoc secundum*, uti est ordo Minorum de observantia, Capucinorum, et Societas Jesu quoad professos, et coadjutores formatos, succedunt sequentes vocati; videlicet, si haereditaria est, et religiosus ante professionem de ea nihil disposuit, pertinet ad proximum consanguineum; si vero est ex pacto, et providentia, pertinet ad eos, qui secundum investituram vocantur, seu vi primae concessionis, aut institutionis eam accipiunt: si vero nullus talis adsit, exspirat emphyteusis, et revertitur ad proprietarium, seu dominum directum; Molin. *tr. tr.* 2. *de J. et J. D.* 482. *paulo post princ.* Sanch. *l.* 7. *mor. c.* 15. *n.* 52. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 23. *n.* 14. *p.* 2. Pirh. *hic n.* 52. Ratio est quia professio talis religiosi aequiparatur morti naturali.

129

Si primum, major est controversia; nam de hoc variae sunt DD. sententiae. Verius inter eosdem sentiunt, qui distinguunt inter emphyteusin haereditariam, et non haereditariam. *Si haereditaria sit*, sive deinde sit ecclesiastica, sive civilis, ad religionem, seu monasterium transit, ut cum Innoc. Jo. And. Felin. Decio, Bartolo, ac communi DD. notat Pirh. *hic n.* 53. Vviest. *n.* 47. et sumitur ex *auth. ingressi C. de ss. eccl.* juxta quam cum persona religiosa omnia illius bona, ac jura ad monasterium transeunt, si hoc capax illorum sit, adeoque etiam emphyteusis, et quilibet ususfructus, cum nullo jure excipiantur. Debet tamen hoc casu monasterium, seu ordo hujusmodi emphyteusin ad se delatam vendere, vel alio modo alienare, saltem post mortem professi; quia alioquin praejudicium fieret proprietario, utpote cui omnis spes accipiendi laudemium omnino praecideretur, si monasterium penes se emphyteusin perpetuo retineret; Molin. *D.* 482. *n.* 3. Les. *l.*

2. *cap.* 31. *n.* 84. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 23. *n.* 15. Pirh. *n.* 53. *cit.* Vviest. *n.* 48.

130

Si vero emphyteusis sit non haereditaria, sed ex pacto, et providentia, monasterium quidem, vel religio, quamdiu religiosus professus vivit commoditatem, seu utilitatem illius habet, eo tamen mortuo, in illa non monasterium, sed qui ex investitura ad eam vocantur, succedunt, vel si nullus hujusmodi adsit, emphyteusis ad proprietarium, seu dominum directum revertitur; Molin. *l. cit. n.* 2. *et* 3. Sanch. *n.* 59. Laym. *n.* 15. Pirh. *n.* 53. Vvies. *n.* 48.

131

Dub. 4. an si in concessione, seu investitura emphyteuseos expressum sit, vel pactum initum, ne illa transferatur ad ecclesiam, vel personam potentiorem, nihilominus eo non obstante, succedat monasterium, vel religio in illa emphyteusi? Affirmant Sylv. *V. emphyteusis n.* 27. Abb. *in c. praesentia* 8. *de probat. n.* 73. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 23. *n.* 15. Pirh. *hic n.* 53. Fundantur 1. quia ejusmodi transitus non est proprie alienatio, cum monasterium possideat, et fruatur loco professi, cum quo unam veluti personam constituit, 2. quia illa prohibitio alienationis intelligenda est de voluntaria alienatione, non de illa, quae ex legis dispositione necessario fit, qualis est ista, ut bona professi ad monasterium transeant, et quae est accessoria ad personam ingredientis religionem.

132

Sed melius defenditur negativa, quam etiam tenent Bartol. *in auth. ingressi cit. n.* 19. Barbatia *in c. in praesentia cit. n.* 121. Valasc. *to.* 1. *cons.* 101. *n.* 8. Pal. *tr.* 17. *D.* 3. *p.* 4. §. 3. *n.* 8. et *tr.* 32. *D.* 10. *p.* 15. §. 6. *n.* 3. Fagn. *in c. fin. h. t. n.* 28. *et seq.* Petra *to.* 2. *comm. fol.* 302. *n.* 24. *et* 25. Vvies. *hic n.* 8. *Ratio est*, quia talis translatio emphyteusis in monasterium hoc casu repugnat pacto, et per hoc intento fini, ne sc. propter privilegia ecclesiae, et potentiam emphyteutae durior reddatur conditio proprietarii, seu domini directi, et difficilius consequatur, quae sibi ratione emphyteusis sunt debita.

133

Ex quo sequitur responsio ad argumenta adversae sententiae. *Ad* 1. esto, transitus iste non sit proprie alienatio, est tamen talis quo durior fit conditio domini directi: et cons. repugnat fini expresso in pacto, quo cautum sibi voluit a praejudicio. *Ad* 2. prohibitio eo tendit, ne, ut dixi, conditio domini directi deterior fiat per translationem emphyteusis in alium: quod cum contingat in casu, quo emphyteusis transire ad monasterium, etiam hic casus censebitur in-

clusus in pacto. Unde cum dicitur, bona professi transire ad monasterium, id intelligendum, nisi aliter cautum sit pacto legitimo.

134

Quaeritur 7. quae obligatio nascatur ex contractu emphyteutico? Resp. Ex hoc (quod commune est omnibus contractibus proprie dictis) obligatur tam constituens emphyteusin, seu dominus directus, quam accipiens, seu emphyteuta, aut colonus. *Dominus directus* obligatur rei emphyteuticae possessionem una cum utili dominio in accipientem transferre; post translationem liberum illius usum concedere; damna praeterea, quae ex vitio, eidem cognito, et non manifestato, sustinuit emphyteuta, ipsi compensare; §. *adeo* 3. *inst. h. t.* Konig *hic n.* 40. claris. P. Schm. *tr. de pact. et contr. c.* 2. *n.* 419.

135

Emphyteuta obligatur 1. ut re emphyteutica arbitrio boni viri utatur fruatur, et si quae damna, dolo, vel culpa, lata, aut levi intulerit, compenset; est enim emphyteusis negotium, in quo versatur utriusque contrahentis utilitas: ubi regulare est dogma, quod praestanda sit etiam culpa levis; *l. si ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *ff. com.*

2. Ut in recognitionem dominii directi solvat annuum canonem, seu pensionem, quae in pecunia, vel alia re fungibili consistere potest; §. *adeo cit. et l. in emphyteuticariis* 2. *C. de jur. emphyt.* Quantitas pensionis taxatur arbitrio contrahentium, attenta locorum consuetudine, et proportione fructuum percipiendorum, juxta *novel.* 7. *cap.* 2. §. 1. illa pensio justa est, quae 20. annis collecta aequat valorem rei emphyteuticae.

136

3. Ut rem emphyteuticariam, tempore finito, salvam, et integram cum melioramentis (saltem quae fecit emphyteuta ex natura contractus) et accessionibus restituat; *l. in emphyteucariis cit.* Garc. *de expens. et melior. c.* 6. *n.* 20. *et seq.* Zoes. *ad ff. h. t. n.* 114. Struv. *exerc.* 11. *th.* 74. Miller *ibid. lit. A.* claris. P. Schm. *l. cit. n.* 424.

4. Ut si novus sit emphyteuta, ac noviter in possessionem rei emphyteuticae admittatur, praestet laudemium: quod de jure communi est quinquagesima pars pretii, quae ceteroquin res emphyteutica valet, seu duo pro 100. *l. fin. C. de jur. emph.* Sed in hoc observanda est consuetudo, quae alicubi est, ut solvantur quinque pro centum; Strick. *ad ff. tit. si ager vectig.* §. 12. P. Konig *hic n.* 44. P. Schm. *l. cit. n.* 415.

137

Dub. 1. ad quem pertineant impendia, quae bonum, aut fundus emphyteuticarius exigit? Resp. hic distinguendum esse inter impen-

dia; nam illa, quae ad fundi conservationem, et fructuum collectionem pertinent, puta, ut domus, horreum, aggeres, fossae, sepes, putei conserventur, ac reficiantur, praestare emphyteuta debet; *l. sed eum* 65. *ff. de usufr. et quemad. etc.* Illa vero, quae in horum restaurationem, si absque culpa emphyteutae omnino collapsa sint, fieri debent, praestare dominus directus debet; Clar. §. *emphyteusis q.* 8. *n.* 7. Molin. *tr.* 2. *de J. et J. D.* 454. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 23. *n.* 7. *Ratio est*, quia substantia fundi ad dominum pertinet, jus autem fructuum ad emphyteutam. Igitur merito quae hic impendia facit, ad fructuum perceptionem spectant, rei autem substantia domini damno perit. Quamobrem si emphyteuta domos, vel stabula de novo aedificet, aut aliud quidpiam praestet, ad quod jure contractus non tenetur, finita emphyteusi absque culpa, aut crimine suo, melioramenta, aut eorum aestimationem repetere a domino directo potest; *l. fructus* 7. §. *fin. ff. soluto matrim. l. ad eum quem* 7. *C. de usuf.* et docet glos. *in l. sed quid V. refigere ff. de usuf.* Laym. *l. cit.* et alii apud istum.

138

Dub. 2. utrum ob sterilitatem, aut alium casum fortuitum exemplo conductoris sit remittenda emphyteutae pensio? Resp. distinguendo; an canon impositus emphyteutae sit exiguus, an magnus, et fructibus correspondens: priori casu non remittitur pensio; quia constituta censetur non tam in compensationem fructuum, quam in recognitionem dominii, quod manet, etsi fructus non percipiantur. Secus autem *in casu posteriori*; quia tunc emphyteusis proxime accedit ad locationem conductionem, et canon intelligitur magis solvi pro rei usu, et fructibus, quam in recognitionem dominii; Gail. *l.* 2. *obs.* 23. *n.* 24. Valasc. *de jur. emph. q.* 31. Les. *l.* 2. *de just. c.* 24. *n.* 49. *et* 50. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 22. *n.* 7. *in fin.* Gonz. *in c.* 3. *h. t. n.* 8. Barb. *in c.* 1. 1. *eod. n.* 10. Struv. *synt. jur. civil. exerc.* 24. *th.* 34. Miller *ibid. lit. B.* Carpz. *p.* 2. *const.* 38. *def.* 19. Pirh. *hic n.* 7. *limit.* 7. *fin.* Konig. *n.* 43. magnif. D. Christop. de Chlingensperg *inst. h. t. q.* 10. *ad obs.* 1.

139

Dub. 3. qualis, et quantus canon, seu pensio imponi emphyteutae possit? Resp. Pensio haec potest esse magna, vel modica: absolute loquendo potest esse adaequata fructibus, detractis expensis, et habita ratione laudemii; communiter tamen, et ex consuetudine solet esse minor, et modica, ut ex communi tradit Azor. *p.* 3. *l.* 10. *de emphyteus. c.* 7. *q.* 7. Neque etiam interest, utrum in pecunia, an in fructibus sit constituta; neutrum enim determinate requiritur ex natura contractus, sed id servandum est, quod conventio,

vel statutum speciale loci, aut consuetudo in hac re praescribit; Azor. *cap.* 6. *cit. cit. quaest.* 4. Solet autem communiter canon, sive pensio solvi ad finem anni, nisi aliud pacto sit conventum, vel consuetudine loci introductum; Clar. §. *emphyteusis q.* 12. *n.* 1. Azor. *cap.* 7. *cit. q.* 2. Pirh. *n.* 34. cum aliis.

140

Dub. 4. quibus casibus laudemium non debeatur? Resp. Quinque maxime casus referuntur. 1. quando haeres necessarius accipit rem emphyteuticam titulo haereditatis; secus est in haerede extraneo. 2. si alienatio sit necessaria, ut si pater dotet filiam, non habens alia bona. 3. quando resoluto contractu, et pacto de redimendo, res redit ad venditorem. 4. quando plures haeredes eam inter se dividunt. 5. quando solum mutatur persona domini directi; Sylv. *V. emphyteusis n.* 28. Less. *l.* 2. *de just. cap.* 24. Barb. *in cap. fin. h. tit. n.* 31. *et seq.* Pirh. *n.* 44. *hic in fin.* Universaliter autem advertit Stryck. *ad tit. ff. si ager vectig.* §. 12. in tota laudemiorum materia principaliter ad consuetudinem locorum respiciendum esse.

141

Quaeritur 8. an, et qua ratione liceat emphyteutae fundum emphyteluticum, seu potius dominum utile, quod in eo habet, vendere. Resp. Ut hoc possit servare debet conditiones; *cap. fin. hoc tit.* praescriptas. Et 1. quidem significare debet domino directo, quod velit rem vendere, eique denuntiare, quantum pretium ab alio sibi offeratur, ut possit deliberare dominus, num ipsemet, oblato eodem pretio, rem emphyteuticam velit emere; quia jus praelationis in ea habet. 2. si dominus post denuntiationem venditionis non statim declaravit emphyteutae, an emere velit, vel non, duorum mensium spatio exspectare debet, antequam vendat: secus, si statim dicat se non empturum; tunc enim statim potest emphyteuta vendere. 3. ut non vendat iis, qui emere prohibentur: quales sunt curiales; *l. curialis* 30. *C. h. tit.* milites *l. milites* 31. *et l. fin. C. eod.* item ecclesia, communitas, vel alia potentior, aut magis privilegiata persona, ut ex communi docet Clar. §. *emphyteusis q.* 22. Molin. *tr.* 2. *D.* 459. *n.* 4. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *cap.* 23. *n.* 14. Rebell. *p.* 2. *l.* 13. *q.* 4. *n.* Pirh. *hic n.* 42. *not.* 2. Ratio est, quia per talem alienationem conditio domini directi seu proprietarii redderetur deterior, utpote qui rarius laudemium consequeretur, et difficilius ad ipsum emphyteusis reversura esset.

142

Quodsi venditio emphyteusis aliter fiat, emphyteuta, ut *n.* 147. dicetur, expelli potest, et emphyteusis cadit in commissum: idque ipso

jure, etiam sine sententia condemnatoria, vel declaratoria judicis; Clar. §. *cit.* *q.* 13. *n.* 2. Estque hoc verum, etiamsi in alienatione protestetur emphyteuta, se alienare, salvo, et reservato consensu, et jure domini directi; quia talis protestatio est facto contraria, nisi sit geminata protestatio, ut si dicat *salvo*, *et reservato consensu domini*, *et non alio modo*; Clar. *q.* 13. *cit.* *n.* 5. Vviest. *n.* 40. neque evitat emphyteuta poenam hanc alienationis perperam factae, etsi rem ita venditam recuperet; quia jus jam est quaesitum domino directo, quod ipsi sine suo consensu per factum alterius auferri nequit; Clar. *l. cit.* *n.* 6. Molin. *tr.* 2. *D.* 459. *n.* 11. Harpprecht *in* §. *inst.* *h.* *tit.* *a n.* 449. Haun. *tom.* 3. *de just.* *tr.* 9. *n.* 532. Vviest. *l. cit.* et extenditur hoc, ut sine consensu domini directi emphyteuta etiam non possit vendere meliorationes, sive emolumenta, quae suo labore fecit in re emphyteutica *cap. fin. h. tit et l. fin. C. de jur. emphyt.* quia etiam in his dominus praeferri debet, si ea emere velit, quippe quae facta sunt in re, cujus ipse directum dominium, seu proprietatem habet; Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *cap.* 23. *n.* 18. Gonz. *in fin. cit. n.* 6. *et seq.* Pirh. *hic n.* 40.

143

Dub. 1. quando emphyteuta rem emphyteuticam possit vendere, etiam domino non requisito? Resp. Hactenus dicta procedunt regulariter; quia non desunt casus, quibus emphyteuta vendere emphyteusin potest, sine novo domini directi consensu. Et 1. quidem, si in ipsa investitura, sive concessione emphyteuseos conventum sit, ut liceat rem emphyteuticam vendere; Clar. §. *emphyteusis* *q.* 13. *n.* 9. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *cap.* 23. *n.* 9. *vers. porro*, Barb. *in cap. fin. h. tit. n.* 88. Joan. Emerix *decis.* 114. *n.* 1. Pirh. *hic n.* 41. et alii communiter. 2. Si concessa sit alicui emphyteusis *pro se*, *et aliis*, *quibus ipse dederit*; intelligenda enim est talis clausula, ut consensus domini non requiratur, alioquin ultra jus commune nihil operaretur; Clar. *l. cit.* *n.* 7. Laym. Barb. et alii *supra*. 3. Si dominus a novo emphyteuta, cui res est vendita, quamvis sine consensu domini directi, canonem, sive pensionem accipiat; tunc enim censetur consentire in alienationem, et poenam caducitatis ab emphyteuta incursam remittere; Laym. *n.* 9. *cit. limit.* 1. Si emphyteuta habeat consensum domini alio modo rationabiliter praesumptum; quia tunc non peccat contra justitiam: cons. non est, cur poenam caducitatis incurrat. 5. Si dominus directus sit fiscus; quia huic, cum agere contra quemcunque rei suae possessorem possit, non praejudicatur, licet illo non requisito emphyteusis ab eo accepta vendatur. 6. Si socius vendat socio, i. e. illi, qui emphyteusin cum illo communem habet; huic enim non tenetur praeferre dominum.

144

Dub. 2. quid requiratur, ut ob venditionem rei emphyteuticae, sine domini consensu factam, emphyteuta incurrat poenam privationis, et caducitatis? Resp. Non sufficit, ut contractus quomodocunque sit factus; sed requiritur 1. ut secuta sit traditio rei emphyteuticae; quia ante illam non dicitur res perfecte alienata, cum adhuc maneat in dominio venditoris emphyteutae; Clar. §. *emphyteusis q.* 13. *n.* 3. Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 536. Pirh. *hic n.* 42. Porro etsi communior DD. teneat, debere traditionem esse veram videtur tamen sufficere fictam; quia etiam haec dominium transfert. Jura autem ad incurrendam caducitatem non requirunt aliam traditionem, quam eam, per quam transferatur dominium. 2. Ut alienatio sit vera, et non tantum simulata; quia simulata revera non est alienatio, ac proinde poenam commissi non potest inducere, utpote quae solum alienanti rem emphyteuticam a jure statuta est. 3. Ut non sit alio ex capite invalida, quam quod inconsulto domino directo facta sit ob eandem rationem; Zoes *ff. h. tit. n.* 97. Haun. *n.* 530. Pirh. *n.* 42. 4. Ut alienatio sit pura, non conditionalis; nam si facta sit tantum sub conditione, *si dominus directus nolit emere*, cum ante eventum conditionis non sit perfecta, inducere poenam caducitatis non poterit; Less. *l.* 2. *cap.* 24. *n.* 53. Haun. *n.* 351. cum reliquis *supra*. 5. Si emphyteuta sine consensu domini directi alienet solummodo partem rei emphyteuticae, partem tantum, et non totam amittit; *arg. cap. un. de vasall. qui contr. const. lother. etc. tit.* 38. *l.* 2. *feud.* ubi partem fundi alienans, tantum parte privatur, ne quis puniatur ultra id, quod deliquit; Rebell. *p.* 2. *lib.* 13. *q.* 4. *n.* 7. Fachin. *l.* 7. *contr. cap.* 99. cum allegatis.

145

Dub. 3. an, et quibus modis, praeter venditionem, alienari possit emphyteusis, domino non requisito? Resp. posse, nisi alicubi contraria sit consuetudo; quia *l. cum dubitabatur* 3. *C. de jur. emphyt.* prohibetur solum venditio, irrequisito domino, facta mentione pretii: quae proin prohibitio, cum strictae interpretationis esse debeat, ad alias alienationis species, quae sine pretio fiunt, extendi non debet. Atque hinc ex communi DD. potest emphyteuta rem emphyteuticam, seu potius dominum utile, quod in ea habet, sine consensu domini, salvo tamen jure ipsius, alteri personae, etiam extraneae donare, legare, in dotem dare si detur non aestimata, permutare, oppignorare, sive hypothecae subjicere, censum, usumfructum, vel aliam servitutem ei imponere, modo tria haec observentur. 1. Ut hujusmodi alienatio non fiat in personam, in quam res emphyteutica de jure communi, vel ex conventione alienari prohibetur. 2. Ut

nulla fraus subsit, qua res vendatur sub specie, ac titulo donationis. 3. Ut donatarius non statim ab ipso emphyteuta in possessionem mittatur, sed domino prius significetur, ut declaret, an ipsum tanquam idoneum velit ad emphyteusin admittere, et investire: et ideo duobus mensibus exspectandum est domini responsum; quia dominus non solum habet jus exigendi a donatario promissionem de solvendo canone annuo, sed etiam accipiendi ab ipso laudemium, si sit persona extranea: si secus emphyteuta fecerit, cadet jure suo. Videatur Azor *p.* 3. *l.* 10. *de emphyteusi c.* 8. Less. *l.* 2. *c.* 24. *n.* 44. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *cap.* 23. *n.* 9. *et duob. seq.* Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *a n.* 546. Engl. *hic n.* 19. Pirh *n.* 43. *et* 44.

146

Quaeritur 9. quomodo emphyteusis finiatur? Resp. Finitur 1. lapsu temporis, ad quod concessa est; quia ad tempus concessa, eo lapso censetur denegata; *l. agri* 1. *fin. et l. fin. ff. si ager vectigal.* Zoes. *ff. h. tit. n.* 73. Konig *hic n.* 47. clariss. P. Schmier *tr. de pact. et contract c.* 2. *n.* 429. An casu, quo post lapsum temporis, in contractu emphyteutico designati, dominus directus emphyteutam priorem patitur adhuc esse in possessione rei emphyteuticariae, hujusmodi taciturnitate ad instar conductionis censeatur emphyteusis renovata, dubium est. Probabilior est negativa, quod hic majus sit praejudicium, quam in locatione; ac proin in continuationem emphyteusis non facile consensus domini praesumendus sit. Fachin; *l.* 1. *contr. c.* 84.

2. Extincta generatione, ad quam data est emphyteusis: quo casu emphyteusis pleno jure ad dominum directum revertitur, ita, ut liberum ipsi sit vel retinere eam pro se, et consolidare cum dominio directo, vel alii cuicunque etiam extraneo, praeteritis cognatis, illam deferre, seu, ut loquuntur, refirmare, ut dictum est *n.* 115. *supra.*

147

3. Totali interitu ipsius rei emphyteuticae, ut si ager casmate, vel diluvio pereat; *l. jus emphyteuticarium* 1. *C. de jur. emph.* quia res, quae non est, nulla potest habere accidentia. Si pars tantum emphyteusis pereat, manet emphyteusis, et obligatio emphyteutae, qui nihilominus canonem conventum ex integro debebit solvere, nisi sit magnus secundum dicta *n.* 138.

4. Si emphyteuta rem emphyteuticam alienet, et emptori v. g. tradat, non servatis conditionibus, quae *cap. fin. h. tit.* praescribunt Less. *l.* 2. *de just. cap.* 24. *n.* 53. Laym. *l.* 3. *tract.* 4. *c.* 23. *n.* 9. Zoes. *ff. h. tit.* §. *de jur. emphyt. n.* 100. Gonz. *in cap. fin. cit. n.* 6. *et seq.* Haun. *tom.* 3. *tract.* 9. *n.* 529. Vallens. *hic*

§. 2. *n.* 4. Engl. *n.* 19. Vviest. *n.* 50. Joan. Emeriz *decis.* 158. *n.* 2. Si tamen non tota res, sed pars solum alienetur, non emphyteusis tota, sed pars solum amittitur, ut notat Brunnem. *ad l. fin. C. de jur. emphyt. n.* 5. et probat paritas rationis cum casu praecedente.

148

5. Si praedium, aut fundus emphyteuticus emphyteutae dolo, aut culpa lata, vel levi notabiliter deterioretur, prout de emphyteusi ecclesiastica constat ex *auth. qui rem C. de ss. eccl.* de laica ex ratione, quia emphyteusis conceditur in eum finem, ut res emphyteutica melioretur; igitur si contra naturam istius contractus emphyteuta deterioret, merito cadet jure suo; Less. *n.* 51. Laym. *n.* 7. *fin.* Haun. *n.* 494. Engl. *n.* 19. Pirh. *n.* 38. Konig. *n.* 52. Vviest. *n.* 49. Requiritur tamen, ut *l. cit.* Laym. Haun. Pirh. cum Monacell. *p.* 2. *tit.* 14. *formul.* 2. *n.* 7. notant, ut deterioratio sit perpetua, et quoad ipsius rei proprietatem, ac substantiam: nam si fundus sit deterior redditus solum quoad perceptionem fructuum, et ad tempus, quo colonus est fruiturus, non potest expelli, cum sit dominus fructuum, et ad eum damnum spectet.

6. Si pensionem, seu canonem in dominii directi recognitionem debitum, emphyteuta tribus continuis annis, si emphyteusis est laica, aut biennio, ecclesiastica, etiam non interpellatus, non solvit; Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 453. Laym. *n.* 8. Haun. *n.* 501. *et seq.* et patet de emphyteusi laica ex *l. in emphyteuticariis* 2. *C. de jur. emphyt* de ecclesiastica ex *cap. fin. h. tit. l. fin. C. de. jur. emphyt. auth. qui rem cit. et novell.* 120. *cap.* 8. Sed hinc

149

Dub. 1. quando emphyteuta in poenam commissi cadat ob non solutum canonem? Resp. Quando solutio per biennium, vel triennium culpabiliter est omissa. *Et procedit hoc* 1. etiamsi de solutione facienda a domino monitus emphyteuta non fuerit; quia in hoc casu dies pro domino interpellat, ut habetur *c. fin. h. tit.* et notat *ibidem* Fagnan. *n.* 7. Barbos. *n.* 93. Gonz. *n.* 5. Debet tamen triennium, vel biennium hoc esse continuum: cons. qui primo, et quarto anno non solvit canonem, solvit vero secundo, et tertio, et propterea expelli nequit, ut cum Bartol. *in auth. qui rem cit.* observat Konig *hic n.* 18.

Procedit 2. etsi res emphyteutica sit magni valoris, canon vero, sive pensio modica; nihilominus enim ob omissam solutionem pensionis emphyteusis in commissum cadit; Clar. §. *emphyteusis q.* 8. *n.* 3. Mantica *l.* 22. *tit.* 27. *n.* 13. Molin. *tr.* 2. *D.* 453. *n.* 12. Rebell. *l.* 13. *q.* 8. *n.* 8. Zoes. *ff. h. tit.* §. *emphyteusis n.* 76.

Barbos. *in c. fin. h. tit. n.* 91. Pirh. *hic n.* 36. Vviest. *n.* 53. Ratio est, quia pensio solvitur ab emphyteuta, potius in recognitionem dominii directi, quam ratione rei in emphyteusin datae, in qua longior dilatio inducere potest oblivionem emphyteuseos, ideoque non attenditur quantitas pensionis.

150

Procedit 3. etsi partem pensionis emphyteuta solverit: quia si integram solvere culpabiliter negligat, totam emphyteusin amittet; Mantic. *n.* 14. *et n.* 53. Molin. *n.* 13. Rebell. *n.* 9. Zoes. *n.* 19. Barbos. *n.* 92. Pirh. *n.* 36. *cit.* Ratio est, quia non nisi integra, et tota pensio datur in recognitionem dominii: neque dominus partem pensionis ex re emphyteutica, et locata recipere cogitur; *l. aede* 3. junct. gloss. *V. in solidum C. h. tit.* quia solutio *partium non minima incommoda habet*, ut dicitur *l. plane* 3. *ff. famil. hercisc.*

Procedit 4. si ex pluribus haeredibus, ad quos res emphyteutica pervenit, unus non solvit partem pensionis, quam debet, ceteris suas pensiones solventibus, nihilominus tota res in commissum cadit, quia defunctus erat in solidum obligatus ad totam pensionem solvendam, quae obligatio facta haeredum mutari nequit, sed in solidum ad omnes, et singulos haeredes transit; *l. stipulationum* 2. §. *ex his igitur* 2. *ff. de V. O.* ac proinde haec obligatio solvendi canonem est aliquatenus individua, ita ut ab omnibus haeredibus poena committatur; *l. eadem* 4. §. *Cajo* 1. *ff. eod.* Sylv. *V. emphyteusis q.* 4. *n.* 10. Clar. *V. eod. q.* 8. *n.* 13. cum *cit.* contrarium tamen defendunt Mynsing. *cent.* 3. *obs.* 66. Fachin. *l.* 1. *contr. c.* 92. Haun. *n.* 519. et inclinat Harp. *n.* 511.

151

Procedit 5. etsi emphyteusin acceperit ipsa ecclesia; nam si canonem biennio, aut triennio omisit solvere, etiam ipsa in poenam commissi cadet: quia natura contractus non mutatur ex eo, quod ecclesia habeat rem emphyteuticam; Molin. *D.* 453. *cit. n. n.* Zoes. *n.* 76. Barbos. *n.* 95. Haun. *n.* 501. Pirh. *n.* 36. *in fin.*

Debet tamen dominus, ut emphyteuta ob non solutum canonem in poenam commissi incidat, declarare, se velle ipsum privatum, ut patet ex *l. in emphyteuticariis* 2. *C. de jur. emphyt.* et cum Sylv. Clar. Myns. Tiraquell. Molin. et aliis docet Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 23. *n.* 8. *vers. quarto.* Hinc facit fructus suos, usque dum haec declaratio a domino directo fiat, et emphyteutae manifestetur; Fachin. *l.* 1. *contr. cap.* 94. Haun. *l. cit. n.* 514. cum Molin. et aliis. Si dominus omisit voluntatem suam declarare, cum facile potuisset, non potest deinde ejus successor caducitatis poenam exequi, ut docet Bald. *in l. ult. C. de revoc. donat.* Sed neque contra haeredem Va-

salli, aut emphyteutae condemnatio per sententiam fieri potest, si contra delinquentem scienter omissa est; Mynsing. *cent.* 3. *obs.* 97.

152

Dub. 2. quando emphyteuta, non solvens statuto tempore canonem, sive pensionem annuam, jure suo non cadat? Resp. plures enumerari casus. Et 1. quidem, si proprietarius omissionem solutionis dissimulavit, nec voluntatem emphyteusin revocandi manifestavit emphyteutae non solventi pensionem, ut dictum est *n. praec.* censetur enim caducitatem sua taciturnitate remisisse.

2. Si dominus sit debitor emphyteutae, ita, ut tantum debeat, quanta est pensio, quae ipsi debetur; tunc enim emphyteuta potest uti compensatione, retinendo pensiones, quas alias deberet solvere, nec ideo cadit jure suo; quia saltem in materia odiosa, et ad evadendam poenam hujusmodi compensatio locum habet, ut docet Abb. *in c. de deposit. n.* 11. Sylv. *V. emphyteusis n.* 8. Navar. *man. c.* 17. *n.* 192. *in fin.* Mantic. *l.* 22. *tit.* 27. *n.* 65. Azor. *p.* 3. *l.* 10. *de emphyt. c.* 6. *q.* 4. Molin. *tr.* 2. *D.* 453. *n.* 10. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 23. *n.* 8. Barbos. *in c. fin. h. tit. n.* 99. Pirh. *n.* 37. Vviest. *n.* 53.

153

Si pensio non solvatur ob probabilem ignorantiam, vel aliam justam causam, v. gr. quia haeres nescivit rem esse emphyteuticam: tunc enim, etsi stricto jure res habeatur pro commissa, quia emphyteuta sibi imputare debet, quod ignoraverit rei conditionem; tamen ex aequitate restituetur in integrum ob justum errorem; vel ex clausula generali; *si qua alia mihi justa causa videbitur*; *l. hujus* 1. *in fin. ff. ex quib. caus. major.* et ratio est, quia ubi culpa non est, nec poena commissi locum habere debet; gloss. *in l.* 2. *V. secundum legem C. de jure emphyt.* Clar. §. *emphyteusis q.* 8. *n.* 9. Less. *l.* 2. *de just. c.* 24. *n.* 48. Laym. *c.* 23. *cit. n.* 8. Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 512. cum ceteris *supra.*

154

4. Si pensionem domino directo obtulit loco, et tempore congruo, et per dominum stetit, quo minus reciperetur; tunc enim evitat poenam caducitatis juxta gloss. *cit.* quamvis ad hoc, ut omnino liberetur emphyteuta ab onere solvendae pensionis, requiratur, ut pensio oblata obsignetur, et deponatur; Clar. *q.* 8. *cit. n.* 10. Laym. *n.* 8. *cit.* Haun. *n.* 522. Joan. Emerix *decis.* 54. *n.* 3. Pirh. Vviest. *l. cit.*

5. Si emphyteuta fructus tantum modicos percepit ex re emphyteutica v. g. ob sterilitatem, incursionem hostilem, etc. quamvis enim eo casu non excusetur, quin teneatur solvere integrum canonem, ut dictum est *supra n.* 138. excusandus tamen est a caduci-

tate ob solutionem propterea omissam; Clar. *q.* 8. *cit. n.* 6. *et* 7. Zoes. *ff. h. tit. n.* 88. *et* 89. Barbos. *in c. fin. h. tit. n.* 100. Haun. *n.* 521. *n.* 37. *in fin.* Vviest. *l. cit.*

6. Si canonem alius, tanquam ejus procurator, vel negotiorum gestor, solvit pro emphyteuta; Barbos. Haun. Vviest. *l. cit.*

7. Si nemo existat, cui eum solvat, veluti jacente haereditate defuncti; Barbos. *n.* 111. Vviest. *l. cit.*

8. Si emphyteuta post biennium elapsum celeri satisfactione, seu canonis solutioni moram urget *c. fin. cit.* sed hinc.

155

Dub. 3. in qua emphyteusi, et intra quod tempus debeat purgari mora, ut poena commissi non incurratur? Resp. posse purgari moram, sive emphyteusis sit ecclesiastica, sive laica, cum hoc tamen discrimine, quod purgatio morae in emphyteusi ecclesiastica admitti debeat ex rigore juris, ut patet ex *c. fin. cit.* in laica autem solum ex aequitate; nam cum in hac non incurratur poena commissi, nisi post lapsum triennium, adeoque post longius tempus, quam in emphyteusi ecclesiastica, merito de rigore juris purgatio morae non admittitur, sed sicut in aliis casibus, in quibus dies, et poena imponitur a lege, poena mox repeti potest; Clar. §. *emphyteusis q.* 8. *n.* 15. Fachin. *l.* 1. *contr. c.* 98. Less. *l.* 2. *c.* 24. *n.* 48. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 23. *n.* 8. *vers. quinto*, Barbos. *in c. fin. cit. n.* 132. Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 509. Pirh. *hic n.* 37. *limit.* 4. Vviest. *ibid. n.* 53. clariss. P. Schmier *tr. de pact. et contract. c.* 2. *num.* 435.

156

Circa tempus, intra quod emphyteuta moram purgare possit, ut evitet privationem, discrepant DD. Quidam existimant, sufficienter purgasse moram, si citatus ad judicem non incipiat litigare, sed illico paratus sit ad solvendum: quae sententia, ut bene notat P. Engl. *hic n.* 18. non videtur concordare cum *c. fin. cit.* ubi ad privationem, vel amissionem non requiritur monitio domini directi. Hinc ipse tempus hoc intra unum, vel alterum mensem concludit; alii arctioribus adhuc terminis decem dierum illud definiunt, quod id tempus modicum reputetur; *l. promissor* 21. §. *si sine* 1. *ff. de constit. pecun.* Optime sentiunt, qui cum Clar. §. *emphyteusis q.* 8. *n.* 15. Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 508. Pirh. *hic n.* 37. *limit.* 4. id determinandum relinquunt arbitrio judicis, cum jure determinatum non sit. Idque commune est etiam aliis debitis; quia paria sunt solvere tempore constituto, et intra paucos dies juxta *l. si duo* 16. *et l. seq.* junct. gloss. *marg. ff. de constit. pecun.* dummodo notabile damnum ex tali dilatione creditori non inferatur.

157

Dub. 4. an dominus directus recipiens canonem ab emphyteuta, qui celeri satisfactione moram non purgavit, caducitatem censeatur remisisse? Resp. distinguendo: vel enim dominus directus eo casu, sciens expelli posse emphyteutam, canonem recipit cum protestatione, quod salvum sibi velit esse jus expellendi emphyteutam, vel sine ejusmodi protestatione recipit. *Si primum*, explorati juris est, caducitatem eo casu non esse remissam; quia protestatione jus suum protestanti conservatur; *l. hoc interdictum* 1. §. *quia autem* 1. *ff. quod legator. Si secundum*, iterum distinguendum inter canonem praeteriti temporis, et futuri. *Si dominus recepit canonem futuri temporis*, satis convenit inter DD. ejus remissam dissimulanter a domino directo injuriam sibi illatam per omissionem solutionis, sicque renovatum contractum; Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 23. *n.* 8. *vers. sexto*, Barb. *in c. fin. h. tit. n.* 117. clariss. P. Schmier *tr. de pact. et contract. c.* 2. *n.* 443. *Excipitur*, si dominus directus sit ecclesia; cum enim huic quaesitum jus remittere praelatus sine capituli consensu nequeat, idcirco intelligi etiam non potest remissa caducitas per receptionem canonis, nisi consenserit in id capitulum; Laym. *l. cit. vers. sublimitandum*, Haun. *n.* 516. P. Schmier *n.* 444.

158

Major controversia est *in receptione canonis praeteriti*; nam aliqui etiam magni nominis DD. quos sequitur clariss. P. Schmier *a n.* 436. negant ejusmodi receptione, etiam absque protestatione facta, remissam caducitatem; alii contra affirmant; P. Vvies. *hic n.* 55. in emphyteusi ecclesiastica distinguit, an praelatus ante receptionem canonis declaraverit voluntatem repetendi rem emphyteuticam caducam, an vero receperit canonem absque protestatione ante hujusmodi declarationem. *Si primum*, negat remissam caducitatem; quia tunc dominium utile ab emphyteuta jam amissum, et cum directo consolidatum est: cons. a praelato sine justa causa, et requisitis solemnitatibus valide remitti nequit. *Si secundum*, caducitatem censet remissam; quia tali casu remittitur a praelato jus primum quaerendum per ejusmodi declarationem, in quo praelatus ecclesiae, vel monasterio obesse potest, licet iisdem, si per hoc laesae sint, subveniatur beneficio restitutionis in integrum.

TITULUS XIX.

De rerum permutatione.

Locationi conductioni subjungitur *permutatio*; quia et ipsa emptioni venditioni affinis, adeoque similis est, ut vices etiam ipsius subeat; *l. permutationem 2. C. h. tit.* quae causa fuit, ut apud veteres JCtos in dubium, et quaestionem venerit, an idem sit permutatio, quod emptio; *§. item pretium 2. inst. de empt. et vendit. l. origo 1. §. sed an 1. ff. de contrah. empt.*

§. I.

De permutatione rerum in genere.

SUMMARIUM

1 *Permutationis duplex acceptio, et definitio.*
2 3 4 *Explicatio definitionis.*
5 6 *Differentia ab emptione venditione.*
7 8 *A mutuo.*
9 *Ab aliis contractibus?*
10 *An differat etiam a contractu innominato* do ut des?
11 *Deciditur pro negativa.*
12 *Permutari possunt res omnes.*
13 *Si propriae permutantium sint.*
14 *Et positae in humano commercio.*
15 *Nec prohibitae alienari.*
16 *Permutatio, re ab uno permutantium tradita, in altero parit obligationem etiam suam tradendi?*
17 *Dominium rei traditae transfert.*
18 *Dat locum poenitentiae, et parit actionem praescriptis verbis.*
19 *Quae competit ei, qui ex parte suam implevit contractum.*
20 *Jus poenitendi etiam ad haeredes transmittitur.*
21 *Si tradita re ab una parte, res ab altero vicissim tradenda apud hunc pereat, locus est repetitioni.*

1

Quaeritur 1. quid sit *permutatio*? Resp. *Permutationis* nomen dupliciter accipitur: aliquando quidem *generice*, *et late* pro quocunque contractu, quo aliquid pro alio, sive in istius compensationem datur; et hoc sensu comprehendit etiam emptionem venditionem, aliosque contractus reciprocos, sive ultro, citroque obligatorios fere omnes; Molin. *tr. 2. D.* 396. *n.* 1. Rebell. *de oblig. just. p. 2. q. 1. sect. 1. prop. fin.* Barb. *in rubr. h. tit. n.* 4.

Aliquando autem accipitur *permutationis* nomen *specifice*, et *stricte* pro eo contractu, in quo una res pro alia commutatur, pro-

ut res contra distinguitur a pretio, et facto, ut cum commutatur equus pro bove, triticum pro vino etc. In hac posteriore acceptione ad titulum praesentem spectat, et communiter definitur: *est contractus innominatus*, *juris gentium*, *bonae fidei*, *re*, *et consensu constans*, *quo res datur ea lege ut vicissim detur res alia.* Ita quoad sensum DD. omnes.

2

Dicitur 1. *contractus*: quod ponitur loco generis. Esse contractum constat ex §. *item pretium* 2. *vers. diversae inst. de empt. et vendit.* et *l. sicut* 1. §. *item* 2. *ff. h. tit.* unde deserendus in hoc Ant. Faber, dum *lib.* 5. *conject. c.* 9. negat permutationem contractum esse, et dicit tantum esse causam contractus, ac rerum permutatione contractum fieri.

Dicitur 2. *innominatus*: quod aperte sumitur ex *l. sicut* §. *item cit.* ubi permutatio contra distinguitur ab iis contractibus, *qui nomen suum habent.* Consentiunt etiam DD. in his, Surdus *cons.* 433. *n.* 30. Vultejus *l.* 3. *jurispr. c.* 41. Vvesenbec. *ff. h. tit. n.* 10. Less. *l.* 2. *de just. c.* 23. *num.* 1. Gibalin. *tom.* 2. *de negot. l.* 4. *c.* 3. *art.* 1. *n.* 1. contra Corras. 1. *miscel.* 23. *n.* 4. *neque obstat*, quod nomen aliquod habeat magis speciale, quam habeant contractus innominati reliqui, hoc enim ipsum ita generale est, ut omnibus fere contractibus, etiam speciale, et a jure impositum nomen habentibus, applicari valeat, quippe cum quadam commutatione fere omnes consteut: quae ratio causam dedit, ut justitia, in contractibus observanda, antonomastice *justitia commutativa** appellaretur.

3

Dicitur 3. *juris gentium*: quia est contractus antiquissimus, ita, ut *origo emendi*, *vendendique ab ea coeperit*; *unusquisque enim secundum necessitatem temporum*, *ac rerum utilibus inutilia permutabat*, *quando plerumque evenit*, *ut quod alteri superest, alteri desit*, donec *electa materia est*, pecunia sc. *cujus publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis obvenit*: ut dicitur *l. origo contr. empt.* et sic emptio venditio induceretur.

Dicitur 4. *Bonae fidei:* patet ex §. *actionum* 28. *inst. de act.* ubi actio, quae ex permutatione competit inter *actiones bonae fidei* computatur.

Dicitur 5. *re et consensu constans*: quia solo consensu non perficitur, sed demum, *ex re tradita initium obligationi praebetur*, ut dicitur *l. sicut* 1. §. *ff. h. t.* Et hinc quamvis duo de rebus suis mutuo commutandis tractent, et conveniant, nondum tamen erit contractus permutationis, sed nudum pactum, ex quo non datur actio secundum

dicta *lib.* 1. *t.* 35. *n.* 6. *et* 7. Proinde si alteruter resilire velit per nullam actionem ad praestandum interesse compelli potest juxta text. expressum *l. ex placito* 3. *C. h. t.*

4

Dicitur 6. *quo res datur ea lege, ut vicissim detur res alia*; nam rem dari ut permutatio fiat, necessum est; et quidem pro re: quae nota differentialis est, qua permutatio distinguitur a ceteris contractibus. Addunt aliqui *certa in specie pro alia re certae speciei*; quia putant, casu, quo res incerta, sive in genere commutatur pro alia re in genere, seu incerta, v. g. equus aliquis indeterminate pro equo, et bove indefinite, tum non proprie permutationem, sed magis contractum innominatum *do ut des* iniri: sed alii negant inter permutationem, et contractum innominatum *do ut des* ullum intercedere discrimen, et hinc particulas memoratas in definitione permutationis nobiscum omittunt.

5

Quaeritur 2. quomodo permutatio differat ab aliis contractibus? Et 1. quidem dubitatur, quomodo differat ab *emptione venditione*? *Resp.* 1 *ab emptione venditione* differt multiplici ex capite 1. quia permutatio, ut *n.* 2. dixi, est contractus innominatus, in quo res datur pro re; emptio venditio vero est contractus nominatus, in quo res datur pro pretio, seu pecunia numerata; Perez *C. h. t. n.* 1.

2. Emptio venditio perficitur solo consensu; non perficitur solo consensu permutatio, sed opus est rei traditae interventu, ut dictum est *n.* 1.

3. In emptione venditione, posito solo consensu circa rem, et pretium pro re, oritur actio efficax ad implendum contractum; in permutatione, *nulla re secuta, nemini actio competit, nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem*, ut dicitur *l. ex placito* 3. *h. t.*

4. In emptione venditione locus non est poenitentiae, in permutatione est: nam si res adhuc sit integra, sive si contractus a neutra parte per traditionem completus sit, poenitere uterque potest, cum hoc commune sit contractibus innominatis; si vero ab uno per traditionem impletus sit, non ab altero, poenitere, et recedere a contractu poterit saltem ille, qui eundem implevit, ut colligitur ex *l. naturalis* 5. §. *et siquidem* 1. *ff. de praescr. verb.* et explicatius dicetur *infra n.* 18.

6

5. In venditione non transfertur dominium, nisi pretium sit solutum, aut fides de eo habita; in permutatione per traditionem rei transfertur dominium, etiamsi ab altera parte contractus nondum sit

impletus, ut patet ex *l. sicut* 1. *§. fin. ff. h. t.* ubi dicitur, competere condictionem illi, qui ex sua parte satisfecit, quasi re non secuta: condictio autem non datur, nisi non domino; Brunnem. *in l.* 2. *n.* 2. *et in l.* 4. *a.* 3. *C. h. t.*

6. Venditio valida est, etsi res aliena emptori ignoranti vendita sit; *l. rem alienam* 28. *ff. de contr. empt.* at res aliena permutari non potest; *l. sicut cit.* § *ideoque* 3. cujus disparitatis ratio est, quia ad emptionem venditionem sufficit, si transferat habere licere; quod fieri potest etiam in re aliena, si bona fide ematur.

7. Denique venditio retractum admittit; eum, non admittit permutatio. Hinc ad avertendum retractum possunt contrahentes, qui emptionem venditionem celebrare volebant, inire permutationem, cum in hoc utantur jure suo, uti cum Tiraquello, et aliis tenet Zoes. *ff. h. t. n.* 7.

7

Dub. 2. quomodo permutatio differt a *mutuo*? Resp. Inter mutuum, et permutationem quadruplex maxime est differentia, nam 1: mutuum non tendit principaliter ad acquisitionem alterius rei, sed primario spectat utilitatem, et usum debitoris *l. certi conditio* 9. *§. fin. et l. rogasti me* 11. *princ. ff. de re cred.* At in permutatione una res pro alia in modum compensationis, et una in alterius locum substituitur.

2. Mutuum perficitur traditione solius rei, quae mutuo datur, nec includit redditionem aequivalentis, sed solum obligationem, ut post temporis intervallum reddatur aequivalens ejusdem speciei. Permutatio vero utrinque requirit traditionem, neque censetur perfecta secundum suam propriam rationem, nisi utrinque sit secuta traditio unde non solum res, quae prior datur, sed etiam, quae rependitur, dicitur permutari.

8

3. Mutuum exigit aliquod intervallum temporis inter traditionem rei mutuatae, et solutionem ex mutuo; alias foret inutilis mutuanti. Permutatio autem non postulat, ut intercedat ullum temporis intervallum inter dationem, et redditionem, nisi interdum per accidens ratione rerum, cum permutatur res praesens cum ea, quae multum distat, et statim tradi non potest.

4. In mutuo contrahitur obligatio ad illud idem, quod fuit traditum, in genere restituendum, nam frumentum, pro frumento, oleum pro oleo, vinum pro vino, nummi pro nummis reddendi sunt; *l. mutuum* 2. *pr. ff. de reb. cred.* At vero permutatio non in pari, sed in dissimili genere functionem accipit, ut si frumentum pro oleo, vinum pro frumento v. g. reddatur; *l. empt.* 7. *C. h. t.*

9

Dub. 3. quomodo permutatio differat ab aliis contractibus? Resp. 1. a *deposito*, *et pignore* differt; quia in deposito res pro custodia; in pignore pro crediti securitate, in permutationem autem pro alia reddatur: 2. a *precario, commodato*, *locatione*, *emphyteusi*; quia in his usus duntaxat, vel dominium utile; in permutatione etiam directum, adeoque plenum in accipientem transfertur: 3. a cambio, tanquam genus a specie sibi subjecta; nam duplex est permutatio ; specifice accepta, et cambium: in illa res pro re, in hoc pecunia pro pecunia datur: 4. a tribus contractibus innominatis *facio ut facias*, *facio ut des*, *et do ut facias*; quia in primo factum pro facto, in secundo factum pro re, in tertio res pro facto; in permutatione autem res pro re praestatur: item permutatio secundum dicta *n.* 3. est contractus bonae fidei ; contractus ceteri innominati plerumque a DD. censentur esse stricti juris.

10

Dixi autem *a tribus contractibus innominatis etc.* nam an permutatio sit distinctus contractus a contractu innominato quarto, *do ut des*, multum litigatur inter DD. Affirmant Host. *in sum. hic n.* 2. Vves. *ff. h. t. n.* 10. Ant. Fab. 6. *conj. c.* 9. *circa fin. c.* 10. Vall. *hic n.* 1. Engl. *n.* 2. Vies. *n.* 5. Konig *n.* 5. et plures alii , qui inter contractum permutationis, et innominatum *do ut des* hanc constituunt differentiam, quod in hoc genus pro genere, vel pro specie , v. g. frumentum pro oleo, vel pro domo ; in permutatione autem detur species pro specie, e. g. fundus cornelianus pro vinea semproniana, Stichus pro Pamphilo, certa aliqua vestis, vel torques pro pariter certo libro, vel cratere praestetur. Addunt secundum discrimen, quod permutatio sit contractus bonae fidei, contractus *do ut des* autem stricti juris.

11

Sed communior inter dd. et juri conformior sententia est, quae contractum permutationis a contractu innominato, *do ut des* non distinguit. Ita Alciat. *ad l.* 1. *pr. n.* 2. *ff. de reb. cred.* Pinel. *ad rubr. c.* 4. *n.* 10. *C. de rescind. vend.* Perez *in C. hic n.* 5. Zoes. *ff. eod. n.* 4. Barb. *ad rubr. h. t. n.* 8. Haun. *to.* 4. *de J. et J. tr.* 10. *n.* 1060. et alii. Fundantur pluribus juris textibus, et praecipue 1. *l. sicut* 1. *ff. h. t.* ubi generatim permutatione dicitur dari res pro re: 2. *l. emptionem* 7. *C. eod.* ubi inter permutationes exempli loco ponitur datio certae modiationis frumenti pro designato pondere olei in genere. 3. *l. naturalis* 5. §. *et siquidem* 1. *ff. de praescr. verb.* ubi Paulus JCtus, cum statuisset, casu, quo res pro re datur, non venditionem, sed permutationem esse subjicit: *explicitus est articulus ille ,*

do ut des: quibus verbis contractum permutationis, et contractus *do ut des* aperte supponit diversos contractus non esse.

Atque hinc patet vanum, et a juris conditorum mente, ipsisque textibus alienum esse discrimen primum, quod inter permutationem et contractum innominatum *do ut des* sententia adversa ponit. Simile huic est etiam discrimen, quod ponitur secundo loco, cum fateantur DD. et in specie Hunius *in treutl. v.* 1. *D.* 30. quod contractus *do ut des*, sit bonae fidei.

12

Quaeritur 3. quaenam res permutari possint? Resp. res omnes, si propriae illae permutantium sint, positae in humano commercio nec alienari prohibitae. Ita omnes.

Dixi 1. *res omnes*: neque interest, mobiles illae sint, an immobiles, corporales, vel incorporales, species, an quantitates *l. origo* 1. *pr. et* §. *sed an* 1. *ff. de contr. empt. l. sicut* 1. *pr. ff. h. t. et l. emptionum* 7. *C. eod.* Neque excluditur pecunia numerata; possum siquidem vel permutare pecuniam cum pecunia, prout contingit in cambio, quam dixi speciem permutationis esse; vel pecuniam, non tanquam pretium, sed tanquam corpus pro specie, ut notant Miller *ad Struv. exercit.* 25. *th.* 19. *lit. A.* Gibal. *to.* 2. *l.* 4. *c.* 3. *art.* 1. *n.* 2. *vers. dixi secundo,* clar. P. Schm. *tr. de pact. et contr. c.* 5. *n.* 25. non enim omnis contractus, in quo pecunia, et merx intercedit, est emptio venditio, sed ille duntaxat, in quo pecunia habet rationem pretii, quo res mensurari, et aestimari solent, prout intelligenda venit *l. naturalis* 5. §. *et siquidem* 1. *ff. de præscript. verb.* Quia tamen contractus celebrari censentur, prout communiter celebrari solent; communiter autem, quando pecunia, et merx intercedit, pecunia rationem pretii habet, ideo in foro, nisi aliud de mente contrahentium constet, negotium tale pro emptione venditione habebitur.

13

Dixi 2. *si propriæ permutantium sint*; nam ut *l. sicut* 1. §. *ideoque* 3. *ff. h. tit.* Pedius respondisse fertur, *alienam rem dans nullam contrahit permutationem*: et ratio est; quia in permutatione transferri debet dominium; hoc autem in alterum transferre potest nemo, qui illud ipse non habet. Ex quo sequitur, eum, cui ex pacto permutationis data est res, quam postea cognovit esse alienam, nulla actione cogi posse rem suam vicissim tradere; obligatus non est, ut dictum est *n.* 3. sed traditione rei, ac ejus in se dominii translatione, quae translatio, tali casu facta non est; Gibalin. *tom.* 2. *l.* 4. *de negot. c.* 3. *art.* 1. *n.* 3. solum igitur talem rem ex permutatione alteri tradens agere poterit *condictione causa data, causa non secuta*, ut res, quam dedit, restituatur; *l. sicut. cit.* §.

fin. Neque obstat 1. quod *dict. l.* §. *unde* 1. dicatur , *si ea res quam acceperim , dederim , postea evincatur , in factum dandam actionem ;* supponendum enim est , utrumque ex permutantibus jam complevisse contractum, et rem dedisse: nam tunc, qui rem propriam dedit , atque sic contractum perfecit, alterum , qui rem alienam dedit , obstrictum habet , ut rem aliam det, aut interesse solvat; *l. si cum patruus* 1. *C. h. tit.* Brunnem. *in l. sicut cit. n.* 4. Lauterbac *ad ff. eod.* §. 11. clariss. P. Schmier. *de pact. et contract. c.* 5. *n.* 56. *et* 57. *Non obstat* 2. quod permutatio numeretur inter titulos ad producendam praescriptionem habiles, *arg. l. sequitur.* 4. §. *sed et si* 17. *ff. de usucap.* ideoque pariat actionem publicianam *l. sed et* 7. §. *sed et si* 5. *ff. de public. in rem act.* nam , ut permutatio vim habeat generandi praescriptionem , et actionem publicianam , ponendi sunt termini habiles , ac tales figurandae circumstantiae , in quibus ab uno contrahentium data est res propria , et ab altero aliena ; sic enim qui rem alienam ex titulo permutationis bona fide accepit , et possedit, potest eam praescribere , et ejusdem nomine actionem publicianam intentare; P. Schmier *l. cit. n.* 59. *Non obstat.* 3. quod permutationem rerum ecclesiasticarum rite faciant ecclesiarum praelati , pupillarum, et ad minorennes spectantium horum tutores et curatores etc. etsi propriae non sint permutantium ; quia cum non suo , sed pupilli , minoris, ecclesiae etc. nomine hujusmodi permutationes faciant , non tam ipsi , quam ecclesia, minor , pupillus etc. easdem facere fictione juris censetur.

14

Dixi 3. *et posita in humano commercio* ; quia res , quae extra commercium humanum sunt , permutationi non sunt obnoxiae , sicut nec aliis contractibus. Atque hinc cum etiam res futurae sub commercio humano sint , cum sint, cum emi, et vendi possint, idcirco etiam poterit res , quae existit , e. g. triticum praesens , permutari cum eo, quod in futura messe colligetur, ut recte observat Navarr. *man c.* 17. *n.* 287. Less. *l.* 2. *c.* 23. *n.* 3. qui tamen addit , contractum permutationis non fore completum in sua ratione , nisi res , quae tradenda est , existat, et tradita sit: licitum tamen est facere pactum , et inchoare ipsam permutationem , tradendo rem praesentem , etiamsi altera nondum sit. Quodsi neutra existat , non potest quidem inchoari permutatio , cum nulla possit fieri traditio, potest tamen fieri conventio de permutando , ut patet ex *l. sicut* 1. *ff. h. tit.* haec enim consensu perficitur.

15

Dixi 4. *nec prohibitæ alienari :* nam ad permutationem , sicut ad quemvis alium contractum requiritur potestas, quae deficit casu,

quo jus permutationem prohibet, censetur autem permutatio prohibita omnium illarum rerum, quarum alienatio prohibita est, quia species quaedam alienationis est; *arg. c. nulli* 5. *de reb. eccl. non alien.* cum per eam transferatur dominium; *l. cum precibus* 4. *C. h. tit.* Atque hinc *sequitur* 1. permutare posse omnes, qui alienare; aut qui sunt veri, et liberi domini rerum suarum, vel dispositione juris loco domini habentur. *Sequitur* 2. si res aliquae alienari non possunt, nisi cum certo modo, et adhibitis juris solemnitatibus, etiam non posse, nisi cum iis permutari. Ex quo *sequitur* 3. permutari, solemnitate juris servata, posse res ecclesiarum; *c. si princeps* 1. *h. tit.* res minorum; *l. non solum* 4. *et tot. tit. C. de prœd. minor* res civitatum, et universitatum; *l. fin. C. de vend. reb. civil.* res feudales; *l.* 2. *feud. tit.* 55: *c. imperialem.*

16

Quaeritur 4. quis sit effectus permutationis? Resp. hic multiplex; nam 1. ex permutatione, postquam res ab uno fuit tradita, consurgit obligatio ex parte accipientis, ut ille vicissim det, quod promisit, ob regulam generalem sumptam ex *l. sicut initio* 5. *C. de O. et A.* quod contractus, qui ab initio sunt voluntatis, postea fiant necessitatis; Lauterbach *ad ff. hoc tit.* §. 23. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 1063. clariss. P. Schmeir *c.* 5. *de pact. et contract. n.* 75. *et* 76.

17

2. Dominium rei permutatae transfert; neque enim satis est, uno permutante, et tradente rem suam, alterum ipsi praestare habere licere, sed rem ipsam praestare debet; Gibalin. *tom.* 2. *negot. l.* 4. *c.* 3. *art.* 1. *num.* 2. *vers. ultimis verbis*; Ex quo sequitur, casu, quo is, qui rem sibi ex permutatione traditam accepit, eandem vendat, et tradat alteri, non posse illum, qui dedit, contra emptorem aliquam movere actionem; *l. cum precibus* 4. *C. h. tit.* Brunnem. *ibid. n.* 4. Carpzov. *p.* 2. *const.* 33. *def.* 24. *n.* 3. Idem dicendum de quovis successore particulari, ut cum aliis notat Capzov. *l. cit. n.* 5. *et duob. seqq.* et ratio clara est; quia si adversus illum daretur tradenti actio aliqua, daretur vel actio in personam, vel in rem: non in personam; quia obligatio personalis non transit in successorem singularem; *l. ult. in fin. ff. de contrah. empt.* non etiam in rem; quia venditor per traditionem factus est dominus illius rei; *l. sicut* 1. *ff. h. tit.* cons. eam vendendo alteri, et simul tradendo dominium in ipsum transtulit: atqui non tenetur actione reali alius, quam qui possidet rem alienam, vel obligatam; §. *omnium* 1. *inst de action. pignoris* 17. *ff. de pignor.*

18

3. Si neuter permutantium rem, circa quam permutandam conventum est, tradidit, poenitere uterque potest; nam hoc solemne est contractibus innominatis: si unus tradidit, poenitere potest, qui tradidit, et quod dedit repetere *condictione causa data*, *causa non secuta*, etsi, qui accepit, neque in mora sit, neque in culpa, imo licet paratus sit ex sua quoque parte implere contractum; *l. si cum patruus* 1. *l. cum precibus* 4. *et l. emptionem* 7. *C. h. tit. Excipitur* si stipulatio intervenerit; tunc enim poenitentia in permutatione excluditur; *l. ex placito* 3. *C. h. tit.* Carpzov. *const.* 23 *cit. def.* 23. *n.* 8. *et* 9. nam eo casu non tam permutatio contracta est, quam stipulatio ex causa permutationis; *l. si ita* 6. §. *cum pecuniam* 1. et *l. seq. ff. de novation.*

4. Denique ex permutatione competit actio praescriptis verbis. Sed de hac ulterius,

19

Dub. 1. quando actio praescriptis verbis competat ex permutatione? Resp. Competit tantum tunc, quando unus permutantium contractum rei suae traditione implevit; nam quandiu consensus manet in nudis terminis, contractus hic nullam actionem dat, si stipulatio, ut *n. præc.* dixi, non intervenerit; et ratio est, quia eo usque proprie contractus non est, sed pactum nudum, et ex re tradita primum initium accipit; *l. sicut* §. *item* 2. *ff.* et *l. ex placito* 3. *h. tit.* Competit autem haec actio ei, qui rem suam in alterum transtulit, et et ejus haeredibus, contra accipientem, hujusque haeredes, et petitur per illam, ut vicissim et ipse contractum impleat, vel interesse praestet; *l. si cum patruus* 1. *et l. cum precibus* 4. *C. eod.* Carpz. *p.* 2. *constit.* 33. *def.* 23. *n.* 5. *et* 6. *defin.* 24. *n.* 1. *et* 2. Zoes. *ad ff. h. tit. n.* 8. Honor. *hic n.* 2. Engl. *n.* 2. Konig. *n.* 14. clariss. P. Schimier *c.* 5. *de pact. et contr. n.* 5. Est autem in arbitrio ipsius, an velit agere praescriptis verbis, an poenitere et condictione ob causam, causa non secuta, repetere rem a se datam: imo utraque actio simul conjungi potest, sed alternative; Brunnem. *in l.* 5. *C h. tit.* Neque cessat actio haec etiamsi accipiens id, quod accepit, alienaverit in aliquem tertium; nam etsi hoc casu contra hunc actio danti nulla competat secundum dicta *n.* 17. competit tamen actio praescriptis verbis in alienantem, ut pacto suo stet, vel interesse praestet; *l. cum precibus cit.* et *ibi* Brunnem. *n.* 4.

20

Dub. 2. utrum jus poenitendi etiam transmittatur ad haeredes? Negativam cum pluribus aliis tuetur P. Konig *hic n.* 12. ex ratione,

quia hoc jus, cum poenitentia sit voluntatis, personae defuncti cohaeret, cons. ad haeredem ejus non transit; *arg. l. non solum* 8. §. *tale legatum.* 3. *ff. de liberat. legat. Et confirmatur*: quia hoc modo haeres videretur retractare voluntatem defuncti, quod ipse non potest.

Sed dicendum, hoc jus poenitendi transmitti ad haeredes, sicut alia jura. Ita Haun. *tom.* 4. *de j. et j. tr.* 10. *n.* 1064. cum aliis. Constat ex eo, quod re adhuc integra possit alter contrahens poenitere, cui utique hoc jus non est ablatum per mortem alterius; atqui haeres alterius non debet esse pejoris conditionis; ergo et ille debet posse poenitere. *Conf.* nam poenitentia haec aliquo modo est cessio juris, quae haeredi competit, quatenus potest agere ad complendum contractum; nihil autem obstat, quo minus huic juri cedere possit, et uti altero jure agendi ad rescindendum contractum; ergo etc.

Argumentum adversariorum nimium probat; probat enim, quod ne quidem mutuo consensu possit contractum rescindere. *Ad conf.* poenitentia haec non est talis retractatio, qualis haeredi negatur e. g. retractatio legati, donationis mortis causa etc. Accedit, quia forte defunctus nunquam habuit voluntatem non poenitendi: quo casu non fiet ulla retractatio, sed tantum executioni dabitur jus, quod sibi reservavit defunctus.

21

Dub. 3. cujus sit periculum in casu, quo quis scyphos suos dedit, ut Stichum acciperet, si hic, antequam daretur, moriatur? Videtur ejus esse, qui scyphos dedit, quod sit creditor certae speciei, cui res debita perit, si non probetur culpa, mora, aut factum debitoris intervenisse; *l. naturalis* 5. §. *et siquidem* 1. *in fin. de praescript. verb. l. si pecuniam*: 5. §. *fin. ff. de condict. caus. dat.*

Sed dicendum cum Ant. Perez. *in C. h. tit. n.* 8. Stichum quidem hoc casu perire danti, ita, ut agere iste non amplius possit praescriptis verbis, quanti interest Stichum dari; non tamen ipsi perire scyphos, sed hos repeti ab eo posse, non quidem ex capite causae non secutae, quod sine alterius culpa cesset ejus implementum, sed ex causa poenitentiae; *l. fin. ff. de condict. caus. dat.* nisi res non amplius sit integra ex parte ejus, qui scyphos accepit, ut quia contractus implendi nomine sumptus fecit, et damnum sentit.

§. II.

De permutatione rerum spiritualium, et ecclesiasticarum.

SUMMARIUM

22

Quaeritur 1. utrum res spirituales sub permutationem cadant? Resp. hic distinguendum esse, utrum agatur de permutanda re spirituali pro temporali, an pro alia itidem spirituali. *Si primum*, exploratum est apud omnes, permutationem talem sine crimine simoniae fieri non posse; quia res spiritualis aestimationem non recipit. Haberetur autem pro tali, quae aestimationem recipit, si permutaretur; quia huic aequipararetur, cum inter res permutandas debeat esse aequalitas. *Proceditque hoc* non tantum de rebus, sed etiam de juribus spiritualibus, e. g. jure decimandi; nam neque hoc, aut alia similia permutari cum re temporali possunt, ob rationem allatam. *Neque obstat*, quod fructus decimarum vendi non prohibeantur; nam inter hos, et ipsum jus lata intercedit disparitas: et ratio disparitatis est, quia quando permutantur, aut venduntur fructus, venditur res mere temporalis; quando autem jus percipiendi decimas, venditur, vel permutatur res spiritualis; atqui res spiritualis pro re, aut pretio temporali dari non potest, ut dixi: ergo etc. *Excipitur*, quando jus decimandi legitima authoritate superioris absolute et in perpetuum est separatum a titulo spirituali; tunc enim jus illud est temporale, et cons. pro re, aut pretio temporali permutari, aut vendi potest.

23

Si secundum contingat, et agatur de permutanda re spirituali cum alia re itidem spirituali, videndum, an utraque sit pure spiritualis, an una spiritualis pure, altera spiritualis mixta ex spirituali, et temporali, an denique utraque spiritualis mixta. *In primo* casu permutatio fieri potest, ut cum ceteris notat Suar. *tom.* 1. *de relig. l.* 4. *de simon. c.* 31. *n.* 30. Vivian. *in c.* 9. *h. tit. pr.* Vallens. *n.* 3. *hic*, Zoes. *n.* 5. Pirh. *n.* 37. *et seqq* Konig. *n.* 6. et sumitur ex *c. fin. h. tit.* et ratio est, quia nulla in hoc apparet irreverentia, nullaque extat prohibitio, quippe quae in sacro jure tantum illas permutationes afficit; quibus spirituale aequiparatur. Neque aliud probant verba Christi: *gratis accepistis*, *gratis date*, Matth. 10. *v.* 8. nam ut cum SS. PP. textum istum exponit S. Thomas apud Suar. *c.* 30. *de simon. n.* 4. gratis dare est dare sine mercede, vel pretio temporali. Ex quo sequitur licitum esse pacisci mutuas preces, et sacrificia, mutuam in ministerio sacro operam etc.

24

In secundo casu, cum una res ex permutandis est spiritualis pure, altera spiritualis mixta ex spirituali, et temporali, permutatio est illicita, et simoniaca; quia reipsa daretur spirituale pro temporali, quod rerum permutandarum alteri annexum est. *Excipitur,* nisi temporale sit separabile, et reipsa separetur, ac solum spirituale permutetur cum alio spirituali, et dein temporale seorsim pro alio temporali per diversos, et distinctos contractus, ut *infra n.* 37. *et* 38. dicam de permutatione ecclesiarum inter se invicem.

25

In tertio casu attendendum est ad modum, quo spirituale sibi annexum temporale habet; nam si eodem modo utrumque connexum sibi temporale habeat, permutari inter se possunt e. g. rosarium cum alio rosario, numisma affectum indulgentiis cum alio numismate sacro, calix cum alio calice etc. modo nulla fiat comparatio inter spirituale, et temporale, qualis fieret, si v. g. rosarium benedictum pretiosae materiae commutaretur cum alio rosario minus pretiosae materiae, quod istud plures benedictiones, aut indulgentias habeat, aut plurium reliquiarum attactu sacratius sit; nam hoc casu permutatio simoniaca foret, ut bene advertit Gonzal. *in c. fin. h. tit. n.* 3. et patet ex ratione; nam eo casu non commutatur spirituale praecise pro spirituali, sed excessus ille, ut ita dicam, spiritualitatis censetur emi per excessum temporalis, quod est in alio.

26

Quodsi vero res ex spirituali, et temporali mixtae habeant temporale diverso modo connexum cum spirituali, et commutentur, ut si calix consecratus commutetur cum beneficio etc. committitur simonia; quia talis commutatio non fit praecise inter spiritualia, sed inter spirituale et temporale, cum in calice praecipue spectetur materia, et forma, i. e. temporale, in beneficio vero praecipuum sit spirituale: dum igitur hoc datur pro calice etiam consecrato, spirituale datur pro temporali.

27

Quaeritur 2. an, et quatenus prohibita, vel permissa permutatio rerum ecclesiasticarum? Resp. distinguendo inter res mobiles non pretiosas, et inter res immobiles, aut mobiles pretiosas. *Mobiles non pretiosas* ecclesiarum e. g. vasa, et vestes sacras pro aliis, quae quoad materiam ejusdem valoris sunt, permutare nihil prohibet. Ut vero *immobiles, et mobiles pretiosae* permutari a praelatis ecclesiarum possint, requiritur justa causa, et solemnitates a jure praescriptae ad earundem alienationem; alias permutatio erit irrita, et nulla; *can. sine exceptione* 52. *caus.* 12. *q.* 2. *c. irrita* 1. *c. cum apostolica* 7. *c. tuae nuper* 8. *de his, quae a praelat. et extrav. ambitiosae un. int. comm. de reb. eccl. non alien.* Unde etiam revocanda est a successoribus; *c. ut commutationes* 2. *h. tit.* imo ab ipsis praelatis, a quibus permutatio in ecclesiarum suarum praejudicium, et damnum est attentata; *can. quod quis* 3. *caus.* 35. *q.* 9. *c. siquis* 6. *de reb. eccl. non alien.* et notat gloss. *in c. ut commutationes cit V. inconsulte.* Vivian. *ibid. pr.* Zoes. *hic n.* 2. Pirh. *n.* 4. Vviest. *n.* 8. Ratio est, quia rei permutatio ejus alienatio est, ut habetur *c. nulli* 5. *de reb. eccl. non alien. et novell.* 7. *c.* 1. *vers. alienatio*, ac ratio probat, quippe cum per eam transferatur dominium *secundum dicta n.* 17. *Ex quo sequitur*, easdem poenas, quae decretae sunt in male alienantes res ecclesiasticas, etiam incurri ab iis, qui easdem illegitime permutant; non tamen, antequam permutatio per traditionem rerum ex utraque parte completa sit, ut recte advertit Pirh. *hic n.* 5. *not.* 2. et ratio est, quia antea non censetur contractus esse absolutus, cum non consensu, sed rei utrinque datae traditione perficiatur, ut dictum est *n.* 3. *vers. dicitur* 5.

28

Dubitatur, qualis requiratur causa ad permutationem rerum ecclesiasticarum? Resp. Ad permutandum quidem sufficit minor causa, quam ad vendendum, semper tamen esse debet utilitatis eccle-

siae, et quidem non cujuscunque, sed evidentis. Ita cum ceteris Pirh. *hic num.* 5. *not.* 1. Schamb. *n.* 2. Vviest. *n.* 9. Et quidem quod minor causa sufficiat, quam ad vendendum, patet; quia permutatio rei ecclesiasticae cum alia re simili minus obest ecclesiae, et saepe eidem est utilis; Laym. *de rer. eccles. alien. n.* 74. quod vero non sufficiat causa utilitatis cujuscunque, sed requiratur causa evidentis utilitatis, ita, ut res data ecclesiae non tantum utilis, sed etiam melior, et magis profutura sit, patet ex *can. sine exceptione cit.* ibi, *nisi forte aliquid horum episcopus faciat, ut meliora prospiciat.*

29

Excipi solet casus, quo princeps ex rationabili causa v. g. palatii, vel horti ampliandi, aut castri adversus hostium incursus muniendi etc. rem ecclesiae immobilem petit; tunc enim permutari haec poterit cum alia ejusdem rationis re, modo ista aequalis aestimationis, et utilitatis sit cum re permutata, ut habetur *c. si princeps* 1. *h. tit.* quod desumptum est ex *novell.* 7. *c.* 2. §. 1. ubi eo casu praecise requiritur, ut ex tali permutatione ecclesia non patiatur detrimentum. *Ratio est*, quia ab imp. regibus, aliisque principibus ecclesiae multis privilegiis munitae, eorumque munificentia dotatae, atque ornatae sunt, et praesidio, ac defensione proteguntur; ut propterea omnino conveniens sit ecclesiam in eos proniorem esse, quam in ceteros fideles laicos; Joan. Andr. *in c.* 1. *cit. n.* 2 Vivian. *ibid. in ration.* Barb. *n.* 2. Pirh. *hic n.* 6. Vviest. *n.* 10. verum ne ecclesiae tali casu obtrudatur res deterior, et permutatio eidem danosa sit, necesse est, ut in ejusmodi permutatione interveniat tractatus cum capitulo, et consensus majoris partis ejusdem, ac superioris, ut recte advertunt DD. *cit.*

30

Quaeritur 3. an causa justa necessitatis, vel evidentis utilitatis, aliaeque solemnitates juris exigantur etiam casu, quo permutatio immobilium, et mobilium praetiosorum celebranda est inter ipsas ecclesias, vel monasteria? Negant Riccius *prax. decis.* 74. *n.* 3. *et* 4. *in* 1. *edit. et resol.* 60. *in* 2. *edit.* Bordonius *resol.* 27. *q.* 2. *n.* 3. Barb. *de offic. episc. alleg.* 95. *n.* 55. *et duob. seq.* Pal. *tr.* 12. *D. un.* 15. §. 3. *n.* 7. Tambur. *tom.* 3. *de jur. abb. D.* 13. *q.* 9. *n.* 8. et probabilem existimat Engl *tit. de reb. eccl. non alien. n.* 16. nituntur *c. non licet* 1. *de reb. eccl. non alien. c. ad q.* 6. *h. tit. et can. hoc jus* 2. §. *item sibi invicem caus.* 10. *q.* 2. qui sumptus est ex *auth. hoc jus porrectum C. de ss. eccl.* quibus textibus AA. isti volunt praelatis specialiter permissam esse liberam permutationem bonorum ecclesiasticorum. *Et confirmatur ex ratione*;

quia ratio prohibendi, et irritandi alienationem bonorum ecclesiasticorum non solemnem fuit, ut consuleretur indemnitati ecclesiae universalis, et non locorum sacrorum, ac religiosorum particularium, prout non obscure insinuatur *extrav. ambitiosae cit. ibi*: *qui immobilia, et mobilia pretiosa Deo dicata .... profanis usibus applicare .... praesumunt*: haec autem ratio cessat, quando permutatio celebratur inter duas ecclesias, vel monasteria; etsi enim particularis aliqua ecclesia tali casu damnum aliquod pati ejusmodi permutatione possit, tamen, cum quod demitur uni, adjiciatur alii ecclesiae, ecclesia universalis inde nullum detrimentum capit.

31

Sed ad punctum juris propinquius accedit, quae universim docet, res ecclesiarum immobiles, et quae his aequiparantur, sine solemnitatibus permutari non posse, etiamsi talis permutatio celebraretur inter ipsas ecclesias. Ita Joan. Andr. *in c.* 1. *cit.* Berojus *l.* 1. *cons.* 179. *n.* 3. Quarant. *summ. bullar. V. alienatio n.* 15. Fill. *tr.* 44. *c.* 2. §. 2. *V. quod est*, Bonac. *de contract. D.* 3. *q.* 8. *p. n.* 20. Delbene *de immun. eccl. c.* 17. *dub.* 13. *n.* 1. Donat. *tom.* 1. *prax. reg. p.* 2. *tr.* 14. *q.* 85. *n.* 4. Gonz. *in c.* 1. *cit. n.* 7. Vallens. *hic n.* 3. Vviest. *n.* 12. Fundantur 1. *can. sine exceptione. c. cum apostolica*, *etc. tuae cit.* qui textus eodem modo loquuntur de permutatione, quo de donatione, et venditione, atqui donatio, et venditio sine solemnitate, etiam inter ecclesias celebrata, praelatis est prohibita, et irritata: ergo etiam prohibita, et irritata erit permutatio inter easdem facta. 2. *extrav. ambitiosae cit. et decret. s. congr. card. trid. interp.* jussu Urbani VIII. *edito* 7. *sept.* 1624. quibus generaliter omnino, et indistincte irritatur omnis alienatio rerum immobilium, et mobilium pretiosarum, ad ecclesias, vel monasteria spectantium, omneque pactum, per quod ipsarum dominium transfertur, si initum sit sine consensu apostolico, aut memoratae congregationis expressa licentia: ergo etiam prohibetur, et irritatur permutatio illarum, celebrata inter duas ecclesias, monasteria, vel alia pia loca. 3. Praxi romana, qua ipsismet Riccio, et Barbosa testibus *l. cit.* in permutationibus, quae celebrantur inter duas ecclesias; eadem juris solemnitas, idemque consensus adhibetur, qui adhiberi debet in permutationibus, et alienationibus, celebratis cum laico: est autem haec curiae praxis, et consuetudo potius censenda interpres juris dubii, quam ejus correctoria; *arg. c. cum expediat* 39. *de elect in* 6. *et l. praecipimus* 32. *in fin. C. de appellat.*

32

Quare dicendum, jure et praxi curiae romanae consideratis solemnitates ad valorem permutationis necessarias esse, etiamsi haec

fiat inter duas ecclesias. Dixi, *spectato jure*, *et praxi curiae romanae*; nam excipiendum est, nisi contrarium obtineat consuetudine, legitime praescripta, quae ubique servanda est. Et sic Donat. *l. cit.* *n.* 6. notat, extra curiam romanam non ubique adhiberi solemnitates, vel saltem consensum apostolicum, quando permutatio inter duas ecclesias celebratur.

33

Neque aliud probant argumenta sententiae appositae. *Ad* 1. textus illi sententiam nostram non impugnant. Ex *c. non licet. cit.* potius ea confirmatur; requiritur enim ibi ad permutationem inter duas ecclesias celebrandam *consensus ambarum partium*, h. e. praelatorum, vel oeconomorum utriusque ecclesiae; cons. non approbatur sine omni solemnitate. In *c. ad quaestiones* solum deciditur, quod pecunia interveniente, ad aequalitatem reduci possint permutationes parochiarum cum possessionibus ad illas pertinentibus, si inaequales sint; an vero solemnitates ad hujusmodi permutationem requirantur, aliis canonibus decisum supponitur. Denique *can. hoc jus cit.* expresse ad permutationem inter ecclesias faciendam requiritur solemnitas et causa necessitatis; permittitur enim ibi alienatio *cum consensu eorum, qui et supra referuntur*, *sc. ut vers. si autem* paulo antea dicitur, *majoris partis ibidem servientium, et si debitum urgeat*, *nec ex mobilibus solvi possit*, quod necessitatem indicat.

34

Ad conf. ratio in *extrav. cit.* insinuata non finalis, sed impulsiva duntaxat fuit: quod ex eo desumitur, quia prohibitio ibi relata non fuit primum introducta a Paulo II. constitutionis illius conditore, sed jam ante per antiquos canones lata; antiqua autem prohibitionis ratio, et causa finalis non tam est, ne res ecclesiarum profanis usibus applicentur, quam ne ecclesiae, quarum res, et bona sunt, facile depauperentur, et destituantur proventibus necessariis ad sustentationem ministrorum, et cultum divinum: hujus autem periculum est, sive permutatio fiat inter ecclesiam, et laicum, sive inter duas ecclesias.

35

Quaeritur 4. an permutari pro aliis mancipiis possint mancipia, seu servi ecclesiae? *Ratio dubitandi est*, quia si prohiberentur permutari, prohiberentur vel sine solemnitate, vel cum solemnitate. *Si primum*, non opus est nova prohibitione de servis, cum id generaliter teneat de rebus ecclesiarum immobilibus, et mobilibus pretiosis. *Si secundum*, non est ratio, quare servi non possint, adhibita solemnitate, alienari, possint autem alia bona ecclesiarum, cum etiam ista sint dicata DEO.

Sed dicendum, non posse commutari, nisi in ordine ad libertatem, ita videlicet, ut mancipia, quae erant ecclesiae, fiant libera, alia vero, quae pro illis permutantur, subjiciantur servituti ecclesiae. Ita habetur *c. mancipia* 3. *et c. sequent. h. tit.* ubi etiam ratio datur; quia, *quod semel Deo consecratum est, ad humanos usus transferri non decet*: mancipia autem, seu servi ecclesiae divinis servitiis deputari censentur: ergo sine licentia papae laicis, sive privatis personis donari, vel alia ratione in earum dominum transferri nequeunt.

36

Excipitur, nisi sint fugitivi; nam hos ss. canones permittunt distrahi; *can. fugitivi* 54. *caus.* 12. *q.* 2. *Neque obstat*, quod *l. sciendum* 2. *ff. et l. in fuga* 6. *C. ad legem Flaviam de plagia* statuatur, etiam illum incidere in legem Flaviam, qui fugam servi sui vendidit: intelligendum enim hoc est, quamdiu in fuga est; nam fuga species libertatis est; *l. quis sit* 17. §. *idem* 20. *ff. de aedil. edict.* sc. ut Gonz. *in c.* 4. *h. tit. n.* 7. explicat, habito respectu ad fugiendi actum, quo potestatem domini elusit, et ab ejus nexibus defacto se liberatum invenit. Vel, ut idem Gonz *n.* 6. *cit. ad fin.* notat, intelligi exceptio potest de servo fugitivo, qui proprie non fugit, sed frequenter sine causa vagatur, seriusque domum redit.

Ad rationem dubitandi respondet Gonz. *l. cit.* servum ecclesiae alienari non posse etiam cum solemnitate; quia in tali alienatione deficit causa: si vero sit fugitivus, ipsa fuga, vel consuetudo vagandi causam justam alienationi praebet, ut proinde pro libitu episcopi alienari possit.

37

Quaeritur 5. an vendi, aut permutari possint ipsae ecclesiae, vel beneficia, si teneantur jure proprietatis, et incorporationis? Resp. vendi quidem, seu pro pretio dari non posse, posse tamen ex justa causa utilitatis, et accedente superioris authoritate, aliisque juris solemnitatibus, permutari tum per se, tum quoad possessiones eis annexas. Patet ex *c. ad quaestiones* 6. *h. tit.* et docet *ibid.* Abb. *n.* 2. Honor *hic n.* 5. Schambog. *n.* 3. Pirh. *n.* 10. et hoc teste communis DD. Quod vendi, seu pretio dari nequeant, patet quia sunt res spirituales, quae pretio aestimari nequeunt; nulla autem emptio, et venditio est sine pretio; §. *item pretium* 2. *inst. de empt. et vendit.* quod vero permutari possint, patet, ut dixi, ex *c. ad quaestiones cit.* et sumitur etiam ex *c. cum venerabilis* 6. *de excep.* ubi ecclesia s. Viti una cum possessionibus, et pertinentiis cum allis quibusdam ecclesiis ab episcopo cum consensu canonicorum permutata fuisse asseritur. *Proceditque hoc*, etsi una ecclesia, quae per-

mutatur cum altera auctiores reditus habeat, et propterea in permutatione petatur istorum compensatio pecuniaria, ut recte Vivian. *in c.* 6. *h. tit. vers. et pro minus*; Barb. *ibid. n.* 1. Gonz. *n.* 3. *h. tit. n.* 2. Zoes. *n.* 2. Honor. *n.* 5. Pirh. *n.* 11. Schamb. *n.* 3. Eng. *n.* 4. Konig *n.* 8. Ratio est, quia compensatio tali casu non fit pro jure spirituali ecclesiae, sed pro temporali solum.

38

Ut vero omnis simoniae suspicio evitetur, tali casu consultum est, ut duo distincti contractus sub diversa verborum forma instituantur, quorum unus sit permutationis ecclesiarum secundum se, alter permutationis aut venditionis possessionum, quae sunt annexae ecclesiis permutandis. Ita suadet Clemens III. *c. ad quaestiones cit.* suadet, inquam; nam ut bene Pirh. *l. cit.* monet, absolute loquendo id non est necessarium, sed videtur sufficere, si fiat contractus per modum, seu formam unius contractus duobus aequivalentis hoc modo: *Parochiam N. una cum praediis, et juribus adhaerentibus permutamus cum parochia N. ita tamen, ut uberiores proventus alterius parochiae compensentur, solutis* 1000. *aureis*. Ratio est, quia tali ratione jam evitatur suspicio simoniae, cum in ipso contractu exprimatur pro quo petatur, et exhibeatur satisfactio.

§. III.

De permutatione beneficiorum ecclesiasticorum.

SUMMARIUM

39

Quaeritur 1. an sicut permutari possunt ecclesiae, et beneficia obtenta in proprietatem, prout dictum est *n.* 37. ita etiam permutari possint ecclesiae, et beneficia obtenta in titulum? Resp. posse permutari, si conditiones a jure ad hoc requisitae observentur. Requiritur autem 1. ut ejusmodi permutatio fiat ex justa causa; *c. quaesitum* 5. *h. tit.* 2. ut uterque permutans habeat jus in beneficio permutato; *c. cum venerabilis* 6. *de except.* 3. beneficia permutanda ab utroque permutantium in superioris manibus dimitti debent; *c. un. h. tit. in* 6. *ibi in manibus tuis.* 4. accedere debet authoritas superioris ecclesiastici, et consensus eorum, qui jus praesentandi, vel eligendi ad illa habent; *c. quaesitum cit. et c. nobis* 25. *jur. patron.* 5. si permutatio fiat coram summo pont. exprimi simul debent cetera permutantium beneficia; Rebuff. *prax. p.* 3. *tit. de permut. n.* 34. Passerin. *in c. un h. tit. in* 6. *n.* 37. Konig *hic n.* 11. qui id confirmant praxi romanae curiae. 6. denique permutationis sic factae publicatio, antequam possessio beneficiorum permutatorum capiatur ab iis, qui permutationem fecerunt, fieri debet in ecclesiis cathedralibus, vel parcchialibus, intra quarum fines beneficia sita sunt, prout decretum est a Gregor. XIII. *constitutione* incipit *humano edita* 5. *jan.* 1573. haec tamen constitutio quoad permutationes, coram ordinariis factas, ut Garc. *p.* 11. *de benef. c.* 3. *n.* 289. Barb. *l.* 3. *jur. eccl. c.* 15. *n.* 180. Schamb. *hic n.* 5. advertunt, et praxis plurium dioecesium in Germania nostra docet, non est ubique recepta. Sine his requisitis facta permutatio invalida, et quidem si authoritas superioris non interveniat, simoniaca est; *c. quaesitum cit.*

40

Dub. 1. an haec beneficiorum permutatio sit permutatio proprie dicta? Resp. si in rigore juris accipiatur permutationis nomen, non esse permutationem proprie dictam; nam ad hanc, ut ex dictis *supra* §. 1. constat, essentialiter tria requiruntur, sc. partium consensus, traditio rei, et ut res, quae permutatur, sit propria permutantis: quae omnia in permutatione beneficiorum videntur deficere; nam 1. deficit *consensus, seu pactio partium*; quia omnis pactio circa beneficia prohibita est ex communi omnium. 2. *traditio rei*; quia beneficium non permutantes, sed ordinarius permutationem acceptans tribuit. 3. *proprietas rei permutatae;* quia beneficia possidentium non sunt propria. Dicitur tamen permutatio in jure nostro, quia cum partium consensu fit: quo distinguitur a translatione, quae fieri potest invitis possessoribus; Barb. *in c.* 5. *h. tit. n.* 3. Passerin. *in c. un. h. tit. in* 6. *n.* 7. *et* 8.

41

Dub. 2. quomodo, et quo jure permutatio beneficiorum, absque superioris authoritate facta, simoniaca sit? Sunt, qui putant, simoniacam esse jure divino, quod per eam praeceptum Christi *Matth.* 16. gratis acceptum non detur gratis, sed pro alio, quod sit loco pretii. Sed, ut bene notat Zoes *hic n.* 6. hoc sustineri non potest, cum beneficium ecclesiasticum sit spirituale. Spirituale autem cum spirituali, si pure fiat, h. e. sine adjectione, vel reservatione alicujus temporalitatis, simoniam juris divini non continet.

Unde dubium procedit de simonia juris ecclesiastici. *Et ratio dubitandi est*, quia per jus ecclesiasticum fieri non potest, ut res spiritualis habeat veram rationem pretii; est enim de ratione pretii, ut sit temporale, et materiale, quale hic non est beneficium: atqui simonia in hoc essentialiter consistit, quod spirituale detur pro pretio temporali: ergo etc. *conf.* nam si permutatio beneficiorum simoniaca foret, etiam authoritate episcopi licita fieri non posset; neque enim episcopus dispensare in jure communi potest.

42

Sed dicendum, recte permutationem beneficiorum, propria authoritate factam simoniacam dici de jure canonum, quatenus hoc jure prohibita est taliter fieri, et eodem jure, si ita fiat, praesumitur potius facta intuitu proventuum temporalium, qui accessorii sunt, quam muneris spiritualis, quod principale est: cujus perversionis cum sit magnum periculum, ecclesia id volens avertere, et omnem mali speciem a personis ecclesiasticis tollere, jure optimo statuit, ut beneficiorum commutationes non occulte ex privata solum, sed episcopi authoritate fierent; aliter autem commutatio facta simoniaca foret, acsi spiritualia, quae in eis sunt principalia, darentur pro fructibus temporalibus, qui ibidem sunt accessorii, ut bene explicant Azor.*p.* 2. *l.* 7. *c.* 29. *q.* 2. *et* 3. Suar. *de simon. l.* 4. *c.* 31. *n.* 5. Less. *l.* 2. *de just. c.* 35. *n.* 30. Barb. *l.* 3. *jur. eccl. c.* 15. *n.* 160. Passerin. *in c. un. h. tit. in.* 6. *n.* 2. Zoes. *hic n.* 6. et plerique alii.

Ad rationem dubitandi dico in tali permutatione beneficiorum, propria authoritate facta, intervenire aliquid temporale, sc. reditus, et proventus beneficiorum, quorum intuitu censetur facta. *Ad conf.* negatur paritas; nam cum beneficiarii inter se propria authoritate commutant beneficia sua, non celebrant contractum gratuitum, sed affectum conditione, *do ut des*; at quando fit authoritate superioris, permutatio gratuita est, cum superior illam gratis faciat, et nihil recipiat: ut proinde in hac simoniacae pravitatis nullum sit periculum, sit in priore.

43

Dub. 3. quam poenam incurrant, qui sine authoritate superioris illegitime permutarunt beneficia sua? Resp. Incurrunt excommunicationem majorem, ut habetur *extrav. 2. int. comm. de simon.*

An etiam beneficiis sic permutatis ipso jure priventur, controversia est inter DD. Affirmant aliqui cum Suar. *l.* 4. *de simon. c.* 57. *n.* 41. et Garc. *p.* 11. *de benef. c.* 4. *n.* 59. Negant Navar. *man. c.* 23. *n.* 105. Les. *l.* 2. *c.* 35. *n.* 100. Laym. *l.* 4. *tr.* 10. *c.* 8. §. 5. *q.* 4. Rationem dant, quia cum permutatio, sine superioris authoritate facta, sit irrita, nullum potest producere effectum: proinde putant, sic permutantes sicut propria authoritate resignarunt sua beneficia, ita sua authoritate ad eadem redire posse, saltem in foro conscientiae, et quamdiu per sententiam judicis in poenam iis non privantur juxta *c. cum olim* 7. *h. t.*

44

Quaeritur 2. an permutationi locus sit in omnibus beneficiis? *Ratio dubitandi est*; quia si generaliter permissa foret beneficiorum quorumcunque permutatio, per eam facile elidi jura patronorum, electorum, collatorum, et ipsae etiam sedis apostolicae reservationes possent. Sed exiguam vim argumentum hoc habet; cum enim permutationes, ut *n.* 71. dicetur, fieri nequeant, nisi cura istorum, et quorum alias interest, consensu non est periculum, ne illi laedantur in suis juribus. Hinc merito regulae loco a DD. traditur, beneficia, in quibus permutantes certum jus quaesitum habent ordinarie omnia permutari posse: et ratio est, quia jura in hoc nihil distinguunt, et propterea neque nos debemus distinguere; et quod non reperitur prohibitum, censeri debet esse concessum.

Proceditque hoc, 1. etiamsi permutans beneficii illius, quod permutat, possessionem nondum acceperit; *c. si tibi absenti* 17. *de praeb. in* 6. et notat Laym. *l.* 4. *tr.* 2. *c.* 18. *n.* 6. Barb. *l.* 3. *jur. eccl. c.* 15. *n.* 164. Passer. *in c. un. h. t. in* 6. *n.* 47. Honor. *hic n.* 18. Vviest. *n.* 28. nam ut valeat permutatio sufficit, quod permutans habeat jus in re, quod accipit per collationem acceptatam, licet nondum habeat beneficii permutandi possessionem.

Procedit 2. etiam in beneficiis manualibus; nam etiam haec permutari possint; Azor. *p.* 2. *l.* 7. *c.* 29. *q.* 9. Passerin. *in c. un. h. t. in* 6. *n.* 52. Zoes. *hic n.* 20. Pirh. *n.* 29. Scham. *n.* 14. Ratio est, quia, qui illa obtinent, habent jus in illis, quamdiu iisdem non privantur, et possunt illa in perpetuum retinere, adeoque nihil est, quod impediat permutationem.

45

Procedit 3. licet sint commendata: ubi tamen distinguendum est, an data sint in commendam perpetuam, vel temporalem: *illa* commutari possunt, quia talis commenda vim tituli habet, ac proinde in effectu idem est, acsi beneficium ita commendatum collatum fuisset in titulum: *ista* ut commutari possint, opus est, ut interveniat authoritas ejus, qui commendavit; quia cum commenda talis titulum non praebeat in beneficio, hoc revera non est commendatarii; nemo autem, nisi rem suam, permutat; Abb. *in c. cum olim* 7. *h. t. n.* 3. Azor. *c.* 29. *cit. p.* 11. Zoes. *n.* 21. Pirh. *n.* 29.

46

Dub. 1. quaenam beneficia cum aliis permutari non possint? Resp. 1. permutari non possunt *beneficia unita* alicui ecclesiae, monasterio, vel alteri beneficio; Azor. *p.* 2. *l.* 7. *c.* 29. *q.* 7. Garc. *p.* 11. *de benef. c.* 4. *n.* 23. Pal. *tr.* 13. *D.* 6. *p.* 3. §. 2. *n.* 9. Zoes. *hic n.* 29. Pirh. *n.* 30. Scham. *n.* 14. Vviest. *v.* 29. *Proceditque hoc*, sive unio jam sit sortita effectum, sive antequam effectum sortita sit; nam si effectum sortita est, hoc ipso extinctus est ejus titulus, et accessit ecclesiae, cui unitum est, ac proinde sicut conferri, ita et permutari non amplius potest, nisi dissolvatur unio, vel beneficium, cui unitum est, cum alio permutetur. Si vero nondum unio sortita effectum est, permutatio cederet in praejudicium ecclesiae, monasterii etc. cui unitum est; quia impediret effectum unionis, et faceret, ut beneficium obveniret alteri permutantium, quod tamen vi unionis obvenire debuisset ecclesiae, monasterio etc.

47

2. *Beneficia reservata summo pontifici*: quod intellige, non simpliciter, sed accomode, sc. authoritate ordinariorum, aut alia papa inferiore; nam ut ejusmodi beneficiorum permutatio teneat, fieri debet authoritate papae, cui sunt reservata; Azor. *c.* 29. *et q.* 10. Passer. *in c. un. h. t. in* 6. *n.* 25. Zoes. Pirh. Scham. *l. cit.* Ratio est, quia beneficia permutata debent conferri permutantibus secundum dicenda *n.* 79. atqui beneficia papae reservata conferri non possunt, nisi a papa: ergo nec alius, quam papa, permutationem eorum potest admittere. Imo, ut valeat permutatio etiam coram pont. facta, necesse est fieri mentionem reservationis; alias subreptitia erit admissio, utpote non declarata qualitate beneficii, quae si fuisset expressa, forsan approbata permutatio non fuisset; Pal. §. 2. *cit. n.* 5.

48

3. *Beneficia, ad quae permutans solummodo habet jus personale* seu ad rem per praesentationem, nominationem etc. quia gratiae hujusmodi tantum sunt personales, cons. personam illius, cui concessae

sunt, non excedunt; Abb. *in c.* 7. *h. t. n.* 4. Laym. *l.* 4. *tr.* 2. *c.* 17. *n.* 7. *vers. hinc etiam.* Zoes. *hic n.* 22. Pirh. *n.* 29. *Excipitur*, nisi ordinarius hujusmodi permutationem specialiter permittat; tunc enim, ut Les. *l.* 2. *de just. c.* 34. *n.* 199. advertit, ea prohibita non foret, quod nuspiam hoc jure expressum sit: unde si ob justam causam v. g. ad litem componendam, superioris authoritate interveniente fieret, id damnari non deberet.

4. *Beneficia litigiosa*; quia res litigiosa, quamdiu lis pendet, nequit alienari, et pignori dari, et proprie non est sua ac propria. Ita *l. cit.* Azor *q.* 4. Garc. *n.* 20. Passer. *n.* 46. Zoes. *n.* 13. et reliqui *sup.*

5. *Beneficia quocunque modo jam amissa*; quia tunc non amplius sunt res propria; Zoes. *n.* 24. cum ceteris.

6. *Beneficia solum exspectata*; quia exspectatio jus non tribuit.

49

Dub. 2. an permutari beneficium cum pensione possit? Resp. cum distinctione: vel enim pensio illa est temporalis, vel clericalis, et ecclesiastica. *Si primum*, cum illa beneficium permutari ne quidem authoritate sum. pont. potest; quia tunc venditur beneficium pro re mere temporali, quae est simonia contra jus divinum, ut ex communi docent Passer. *in c. un. h. t. in* 6. *n.* 53. Zoes. *hic n.* 26. Pirh. *n.* 29. *in fin.* ubi cum Suario, et aliis notat, etiamsi papa ejusmodi permutationi authoritatem praestare nequeat, posse tamen cum ejusdem papae authoritate licite fieri, ut pensio temporalis assignetur non in compensationem beneficii, sed in congruam sustentationem resignantis illud in manibus papae.

50

Si secundum, et pensio sit clericalis, seu ecclesiastica, iterum distinguendum est, an illa erecta sit in titulum beneficii vel non. *Si in titulum beneficii erecta est*, permutari cum illa beneficium potest etiam in manibus episcopi, vel alterius praelati papa inferioris, habentis potestatem admittendi permutationes beneficiorum; quia cum hujusmodi pensio assumat naturam beneficii, ejus quoque jure censetur; Jo. Andr. *in c. un. cit. et de clem. un.* Zabar. *q.* 12. *ibid.* Suar. *l.* 4. *sim. c.* 33. *n.* 2. Zoes. *hic n.* 26. Pirh. *n.* 29. Vvies. *n.* 33. cum communi celerorum.

51

At si talis pensio non sit erecta in titulum beneficiis, DD. inter se dissident, nam Paulus Romanus *de pensionib. c.* 7. §. *venio*, Suar. *c.* 33. *cit. n.* 4. Zoes. Pirh. *l. cit.* cum aliis volunt, ad ejusmodi permutationem opus esse authoritate apostolica, ex ratione, quod praelatis inferioribus a jure solum sit permissa permutatio beneficiorum inter se: pensio autem talis licet clericalis, et ecclesiastica sit bene-

ficium, tamen proprie non est, cum natura sua nec perpetua sit, nec per canonicam institutionem conferatur.

52

Sed verisimilius est, etiam episcopum permutationem beneficii cum pensione ecclesiastica, in manibus suis factam, approbare posse, ut Frider. de Senis *de permut. benef. q.* 18. Barb. *l.* 3. *jur. eccl. c.* 15. *n.* 178. Vviest. *hic n.* 34. et alii docent. Ratio est, quia permutatio beneficiorum, et facultas eam, si ex causa justa sit facta, approbandi episcopo competens est favorabilis; *Sarg. c. un. cit.* et in juribus, quae illam episcopo adstruunt, beneficii nomen large accipiendum est ex mente glos. *in c. un. cit. V. beneficia*, ita, ut etiam pensiones ecclesiasticas comprehendat.

Ex quo ruit argumentum adversae sententie; quamvis enim hujusmodi pensiones beneficium vere non sint, tamen iisdem aequiparantur, cum instar beneficii competant soli clerico, et jus percipiendi reditus temporales in spirituali officio fundatum habeant.

53

Dub. 3. an permutari possit beneficium cum alio jure spirituali diversi ordinis, e. g. cum jure patronatus, decimandi etc. 2. an unum beneficium cum pluribus, vel plura cum uno? 3. an inaequalia vel quoad spiritualia, vel in temporalibus?

Ad 1. respondeo negative. Ita Azor. *p.* 2. *l.* 7. *c.* 29. *q.* 22. Suar. *l.* 4. *de simon. c.* 31. *n-* 14. *et seq.* Pirh. *hic n.* 30. *in fin.* Scham. *n.* 14. Vviest. *n.* 32. Ratio est, quia jure canonico solum permissa permutatio beneficii cum beneficio, non vero cum re alia diversi ordinis, nisi beneficio aequiparetur, ut *num. praec.* dixi de pensionibus ecclesiasticis. *Et procedit* hoc maxime, quando id, quod commutandum esset cum beneficio, habet aliquid temporale annexum, ob periculum simoniae.

54

Ad 2. distinguendum est, an plura illa beneficia compatibilia inter se sint, aut saltem talia, quae ex concessione ordinarii, coram quo fit permutatio, simul obtineri possint: an vero contra sint incompatibilia, et talia, ut ex dispensatione sedis apostolicae tantum obtineri simul possint. *Si primum*, permutari potest unum beneficium cum pluribus, et plura cum uno, sola interveniente authoritate ordinarii, eam permutationem admittentis. *Si secundum*, permutatio eorum fieri nequit sine nova dispensatione pontificis, quia dispensatio, ex qua unus permutantium plura illa beneficia obtinet, de persona ad personam non transit; Azor. *c.* 29. *cit. q.* 11. Passer. *in c. un. h. tit. in* 6. *n.* 55. Honor. *hic n.* 17. Zoes. *n.* 13. Schamb. *n.* 14. Pirh. *n.* 28.

55

Ad 3. dicendum, hujusmodi beneficia inaequalia permutari secum invicem posse. Neque refert, an inaequalia sint in temporalibus, ut quia unum pinguiores reditus habet quam alterum; vel in spiritualibus, quod unum curatum sit, alterum simplex, unum adjunctam dignitatem, administrationem, aut officium habeat, alterum non habeat: nam omnium eadem ratio est; quia permutatio solum fit quoad spiritualem titulum beneficii, non attenta dignitate, vel praebenda ei annexa, aut reditibus temporalibus, ideoque inaequalitas ista non impedit, quo minus, accedente superioris authoritate, commutari possint; Azor. *c.* 29. *cit. q.* 15. Passerin. *n.* 52. Zoes. *n.* 14. Konig *n.* 7. cum *cit.* Sed hinc ulterius in praxi non raro occurrens controversia, et

56

Dub. 4. est, an si beneficia permutata sint inaequalia, excessus unius pecunia, vel alia re temporali compensari possit? *Certum est*, non posse compensationem hujusmodi fieri, si beneficia permutata sint inaequalia in dignitate, titulo, vel officio spirituali: et hoc verum est, etiamsi ejusmodi supplementum, et compensatio fiat authoritate superioris; Abb. *in c.* 6. *h. tit. n.* 3. Sylv. *V. permutatio* 2. *q.* 6. Suar. *l.* 4. *de simon. c.* 34. *n.* 3. Pirh. *hic num.* 31. Schamb. *n.* 15. *Ratio est*, quia venderetur spirituale pro temporali, saltem ex parte; cons. committeretur simonia non tantum contra jus positivum, sed etiam contra divinum, et naturale: atqui superior vitium simoniae contra jus divinum, et naturale non potest tollere: ergo etc. Estque perinde, quaenam res detur in commutationem tituli spiritualis, modo ea temporalis sit, et pretio aestimabilis. *Ex quo sequitur*, committi simoniam, si beneficium dignius, et tenuius commutetur cum pinguiore, sed minus digno, ea intentione, ut excessus dignitatis in uno compensetur per excessum fructuum in altero, ut bene notat Pirh. *l. cit.* ubi tamen advertit, ejusmodi intentionem, si pure, ac nude ejusmodi permutatio fiat in manibus superioris, non praesumi in foro etiam externo; quia in dubio semper praesumendus est actus factus bona intentione, quamdiu de mala non constat.

57

Difficultas est, an compensatio hujusmodi fieri possit, quando beneficia permutata sunt inaequalia quoad temporalia, quod unum sit pinguius altero? Posse hujusmodi compensationem fieri authoritate etiam episcopi, vel alterius ordinarii, putant Abbas, Cajetanus, et nonnulli alii *citt.* a Barb. *in c.* 6. *h. tit. n.* 1. Nituntur 1. textu *c. ad quaestiones* 6. *h. tit.* ubi Clemens III. approbat permuta-

tionem unius ecclesiae cum alia, quam admisit episcopus, et in qua permisit, inaequalitatem possessionum eis annexarum pecunia reduci ad aequalitatem. 2. Episcopus ex justa causa ecclesiis, et beneficiis ecclesiasticis imponere pensionem potest, ut dictum est *supra tit.* 12. *n.* 6 videtur autem justa causa, quando beneficium pinguius permutatur cum tenuiore: ergo in hoc casu potest episcopus partem fructuum uni detrahere, et assignare alteri inaequales habenti reditus: 3. si hujusmodi compensatio fieri non posset, id maxime esset ob periculum labis simoniacae: atqui hac carere compensatio ista videtur, cum intentio contrahentium sit pecuniam dare, non pro beneficio, quatenus quid spirituale est, sed solum quatenus habet reditus temporales.

58

Sed his non obstantibus, dicendum, nulla authoritate superioris papa inferioris hujusmodi permutationem, et compensationem licitam reddi posse. Ita Sot. *l.* 9. *de just. c.* 5. *art.* 2. Redoan. *de simon. p.* 2. *c.* 14. *in fin.* Navar. *man. c.* 23. *n.* 100. *vers. tertio*, Suar. *l.* 4. *de simon. c.* 34. *n.* 10. Fill. *tr.* 45. *c.* 7. *q.* 11. Reginald. *prax. l.* 23. *n.* 264. Barb. *l.* 3. *jur. eccl. c.* 15. *n.* 181. Gonz. *in c. fin. hoc tit. n.* 3. Zoes. *hic n.* 8. Engl. *n.* 4. Pirh. *n.* 32. Schamb. *n.* 15. Konig *n.* 8. Vviest. *n.* 37. clariss. P. Schmier *c.* 5. *de pact. et contract. n.* 71. Sumitur 1. *arg. can. si quis objecerit* 7. *caus.* 1. *q.* 3. ubi Paschalis papa, *qui connexorum*, inquit, *alterum vendit sine quo nec alterum provenit*, *neutrum invenditum derelinquit*: atqui jus percipiendi reditus temporales ecclesiasticis beneficiis annexum est authoritate sedis apostolicae, qua parochiales, aliique beneficiales tituli instituti sunt; et hoc jus vere vendit is, qui excessum pinguioris beneficii redimi pecunia, vel alia re pretio aestimabili patitur: igitur eandem etiam pro titulo spirituali, et ipso beneficio censebitur recipere: quod simoniacum est, ut ex ipsa simoniae definitione patet: 2. si hujusmodi permutationes fieri possent sine sedis apostolicae authoritate, etiam licitum esset simpliciter alicui resignare beneficium, non ex causâ permutationis, dando illi gratis titulum spiritualem, sed vicissim recipiendo ab ipso pecuniam in compensationem redituum beneficialium, saltem quatenus excedit reditus necessarios ad congruam substentationem: atqui hoc simoniacum, et illicitum est, ut omnes concedunt, et probat ratio; quia tali casu venderentur reditus illi, ut annexi titulo spirituali, adeoque ipse etiam titulus spiritualis beneficii, cui consequenter annexi sunt: ergo etc. 3. resignatio beneficii cum pensionis, sive portionis fructuum reservatione non potest fieri, nisi in manibus papae, eam approbantis: talis est hujusmodi permutatio: ergo etc.

59

Dixi autem : *nulla authoritate superioris papa inferioris*, nam papae authoritate fieri hujusmodi permutatio, et compensatio potest, ut omnes facile concedunt. Sed quomodo hoc fieri possit, difficile est explicare. *Et ratio difficultatis* oritur ex dictis *n. praec.* ideo enim episcopus, et alii superiores papa inferiores hujusmodi permutationem non possunt admittere, quia per ejusmodi compensationem censeretur venditus ipse titulus spiritualis : sed si hoc verum est, neque pontifex potest eam admittere, quia vendere titulum spiritualem pretio temporali est simonia prohibita jure divino, et naturali, in quo pontifex dispensare non potest. Sed haec difficultas occurrit etiam in materia voti, et juramenti, in quibus omnes admittunt pontificem dispensare posse non proprie, sed improprie. Idem igitur dicendum in quaestione praesenti, sc. in hoc casu, quando pontifex admittit hujusmodi permutationem, et compensationem, eundem dispensare in jure divino improprie, mutando materiam, et partem redituum separando a pinguioris beneficii titulo, illamque applicando ei, qui tenue beneficium recipit, et pingue dimittit in substentationem ejusdem : perindeque erit, sive pars ista solvatur in fructibus, sive in pecunia, aut alia re pretio aestimabili ; Pirh. *hic n.* 34. qui addit, etiam papam non solere hoc ordinarie permittere in permutatione beneficiorum ; quia periculum est simoniae, et mali speciem praebet.

60

Neque aliud probant argumenta sententiae oppositae. *Ad* 1. in textu *c. ad quaestiones cit.* sermo est de ecclesia, non prout confertur in titulum, sed prout est quaedam proprietas monasterii, et de possessionibus a spiritualis officii titulo omnino separatis, quas ejus possessiones ex justa causa, et adhibita solemnitate canonica, permutari, et si in una parte sit excessus aliquis, ad aequalitatem compensari posse, dictum est *supra n.* 37. *Ad* 2. negatur *minor* : cujus falsitas patet ex *tit.* 12. *n.* 12. ubi ostendo, intra quos terminos restricta episcopis sit potestas imponendi beneficiis pensiones. *Ad* 3. intentio permutantium eos non juvat ; neque enim intentione sua separare possunt fructus annexos titulo spirituali beneficii ab ipso beneficio : ac proinde non possunt facere, quo minus pars illa redituum vendatur, et ematur, quatenus annexa est titulo spirituali ; et cons. ut illa vendita, non etiam censeatur venditus ipse titulus spiritualis.

61

Quaeritur 3. ex qua ratione authoritas superioris requiratur ad faciendam beneficiorum permutationem? Resp. Causa prohibendi per-

mutationes hujusmodi, factas sine superioris authoritate, justissima fuit, eaque maxime triplex: 1. quia beneficia ecclesiastica sine canonica institutione licite obtineri non possunt; *reg.* 1. *in* 6. ita autem obtinerentur a permutantibus, si absque authoritate superioris via permutationis de uno beneficio ad aliud transire possent: ergo etc. 2. non possunt clerici de beneficiis suis libere disponere, sicut de bonis suis patrimonialibus, viderentur autem libere de illis disponere, si pro libitu permutare illa possent, nulla interveniente authoritate altiori. 3. Ecclesia horret omnes pactiones circa beneficia, ut patet ex *cap. accepimus* 5. et *cap. fin. de pact.* atqui permutatio beneficiorum, sine superioris authoritate facta, est vere pactio, et talis esse cessat permutatio facta cum superioris consensu; nam permutantes eo casu resignant libere, quanvis sub modo, ut beneficia dimissa conferantur permutantibus; ergo haec licita, illa illicita erit.

62

Proceditque hoc non tantum quoad permutationem beneficiorum quoad titulos, sed etiam quoad praebendas iis connexas, ut recte notat Suar. *l.* 4. *de simon. c.* 32. *n.* 16. *et* 17. Vivian. *in c.* 5. *h. tit. pr.* Barbos. *ib. n.* 5. Pirh. *hic. n.* 23. quia prohibitio iuris est generalis, et sine omni exceptione. Accedit, quia praebendae a titulis separari propria permutantium authoritate nequeunt, neque enim canonicus e. g. jus percipiendi fructus praebendae habet, nisi propter spirituale officium, ad quod tenetur ratione tituli: sicut igitur titulum permutare non potest authoritate propria, ita nec praebendam annexam titulo.

63

Dub. 2. an sicut permutare beneficia sua, irrequisito superiore, beneficiarii nequeunt, ita etiam prohibitum illis sit antecedenter inter se de ea facienda tractare, et convenire? Resp. non esse prohibitum modo hujusmodi tractatio et conventio non fiat absolute, et ita, ut illam statim pro rata, ac firmā habeant, sed referant eandem in futurum consensum legitimi superioris, in cujus manibus resignare beneficia sua velint. Ita gloss. *in clem. un V. volentibus h. tit* Abb. *ibid. n.* 5. *et in c.* 5. *eod.* 10. Sylv. *V. permutatio q.* 3. Garc. *p.* 11. *de benef. c.* 4. *n.* 57. Bonacin. *de simon. q.* 4. §. 23. *n.* 5. Barbos. *l.* 8. *jur. eccl.* 15. *n.* 162. Vivian. *in. c.* 5. *cit. vers. possunt. tamen*, Vvagn. *ibid. V. preferrim not.* 2. Gonzal. *in c.* 7. *n.* 4. Passerin. *in. c. un. in* 6. *n.* 5. Vallens. *hic n.* 4. Zoes. *n.* 7. Honor. *n.* 7. Pirh. *n.* 21. Pirh. n. 21. Scham. 6. *n.* 10. Konig *n.* 11. Vviestner *n.* 21. clariss. P. Schmier *c.* 5. *de pact. et contract. n.* 63.

64

Ratio est, quia ejusmodi tractatus praevius videtur esse necessarius ad permutationem rite faciendam, quippę sine qua partes de modo, quo illam coram superiore fieri cupiunt, nunquam, aut saltem non tam facile convenirent, atqui concessa re aliqua, concessa etiam censentur omnia, sine quibus illa commode expediri, vel obtineri nequit, ergo cum permissa a jure sit permutatio, accedente authoritate superioris, permissus etiam censebitur tractatus praevius. Accedit, quia ejusmodi tractatus, et conventio, relata in superioris consensum, non permutatio, sed via ad illam est, cum ante ejus consensum perfecta non sit, neque effectum habeat; igitur non apparet, ex quo capite prohibita, vel irrita sit.

Imo ut recte Suar. *l.* 4. *de simon. c.* 32. *n.* 7. Reginald. *l.* 23. *n.* 262. Bonacin. §. 12. *cit. n.* 6 Barbos. *c.* 15. *cit. num* 153. Zoes. et Pirh. *l. citt.* notant, permutaturi beneficia non tantum convenire inter se de permutatione facienda, sed etiam obligare se possunt, quod non velint eam revocare, sed stare conventione inita, nisi casu, quo superior consensum suum negaret; talis enim conventio nuspiam reperitur prohibita.

65

Dub. 2. cujus superioris authoritate permutatio facienda sit? Resp. Authoritatem permutationi beneficiorum praestare potest. 1. summus pontifex; nam hic concurrentem cum omnibus episcopis, et ordinariis iurisdictionem habet.

2. Episcopus proprius loci, in quo beneficium situm est; *c. quaesitum* 5. *h. tit.* Si ex beneficiis permutandis unum subjectum sit uni episcopo, et alterum alteri, authoritatem permutationi eorum prostare debet uterque episcopus. Poterit tamem eo casu ad majus commodum, et facilitatem alteri eorum vicem suam, et potestatem admittendi permutationem, et permutata conferendi permutantibus committere alteri episcopo, ut omnia procedant coram uno, eodemque, gloss. *in c. un. h. tit. in* 6. Barbos. *l.* 3. *iur. eccl. c.* 15. *num.* 174. Konig. *hic n.* 11.

66

3. Capitulum sede vacante: ubi tamen distinguendum est; nam etsi admittere possit permutationes beneficiorum, quae ad suam solius, vel suam simul, et episcopi collationem spectant, non tamen potest admittere permutationem aliorum beneficiorum, quorum collatio ad episcopum solum spectat; Azor. *p.* 2. *l.* 7. *c.* 29. *q.* 4. *vers. deinde dubitatur*, Garc. *c.* 4. *cit. n.* 70. Barbos. *l.* 3. *iur. eccl. c.* 15. *n.* 176. Passerin. *in c. un. in* 6. *n.* 35. Leur. *for. benef. p.* 2. *q.* 713. *n.* 1. Honor. *hic n.* 11. Pirh. *n.* 27. *not.* 5. Vviest. *n.* 23.

excipitur, nisi causa permutandi sit necessaria, vel capitulum sit in quasi possessione iuris conferendi, et admittendi renuntiationes beneficiorum, pertinentium ad collationem solius episcopi.

4. Praelati, qui distinctum habent territorium, ab ordinarii iurisdictione exemptum, in quo ipsi jurisdictionem absolutam, et independentem ab episcopo exercent; Azor *c.* 29. *cit q.* 4. Suar. *l.* 4. *de simon. c.* 32 *n.* 14 Garc. *p.* 11. *de benef. c.* 4. *n.* 70 Gonz. *in. c.* 7. *h. tit. n.* 8. cum *citt.* quia admissio permutationis non est actus ordinis, sed iurisdictionis episcopalis, et idcirco competit etiam episcopo nondum consecrato.

67

Dub. 3. an authoritatem permutationi beneficiorum praestare possint etiam alii praelati, qui etsi jurisdictionem quasi episcopalem non habeant, jus tamen conferendi, vel instituendi in beneficia sibi subjecta habent? Affirmant Angel. *V. permutatio n.* 5 Sylv. *V. permutatio* 2. *q.* 2. Sot. *l.* 9. *q.* 5. *art.* 2. *et q.* 7. *art.* 2. quos refert et non obscure sequitur Pal. *tr.* 17. *D.* 3. *p.* 15. *n.* 5. Argumentum ducitur ex *c. un. h. tit in* 6. ubi permittitur episcopis instituere permutationes beneficiorum, spectantium ad suam collationem; igitur a sensu contrario, si collatio beneficii non ad episcopi, sed aliorum, etiam inferiorum, collationem jure speciali pertineat, permutationes hujusmodi sine consensu ordinarii collatoris fieri non possunt, talis autem collator potest esse prelatus inferior carens iurisdictione episcopali; ergo tali casu hujus consensus requiritur; si autem hoc verum est, videtur ejus consensus, et approbatio ad permutationem sufficere: ergo etc.

68

Sed etsi sententia haec, teste Suar. *l.* 4. *de simon. cap.* 24. *num.* 14. sit valde probabilis, in praxi tamen tutior, communior, et juri conformior est doctrina, quam defendunt Abb. *in cap.* 5. *hoc tit. num.* 4. Rebuff. *prax. p.* 3. *de permut. num.* 20. Azor *p.* 2. *l.* 7. *cap.* 29. *quest.* 4. Garc. *part.* 11. *de benef. cap.* 4. *numer.* 68. Laym. *l.* 4. *tract.* 2. *cap.* 17. *num* 6. *vers. altera species.* 5. *eodem num.* 8. 9. *et praecipue* 13. Vvagn. *ibidem V. commutationes not.* 2. Passerin. *in cap. un cit. num.* 33. *et* 39. Zoes. *hic num.* 8. Pirh. *n.* 26. Schambog. *num.* 13. Vviest. *num.* 24. *et* novissime clariss. P. Schmier. *cap.* 5. *de pact. et contract. num.* 69. justa quos inferiores praelati, qui jurisdictionem quasi episcopalem non habent in clerum, et populum secluso privilegio, et consuetudine legitime praescripta, non possunt admittere hujusmodi permutationes, sed requiritur interventus authoritatis, seu approbationis episcopalis.

Ratio est, quia resignationis admissio pertinet ad eum, qui habet potestatem destituendi; nec enim fit sine destitutione; atqui potestas destituendi, secluso jure speciali eam tribuente, ad episcopum, non ad praelatos inferiores pertinet; *cap. admonet* 4. *de renunt. et c. cum ex injuncto* 12. *in fin. de haeretic.*

69

Ad argumentum adversae sententiae, etsi tali casu non episcopus, sed collator inferior instituere permutantes in beneficiis permutatis possit, non tamen sequitur, quod etiam permutationi authoritatem praestare possit. Ratio est, quia institutio, et collatio beneficiorum sunt actus jurisdictionis voluntariae; destitutio autem, quam, ut dixi, admissio permutationis involvit, necessariae, et contentiosae; atqui ex eo, quod alicui competat jurisdictio voluntaria, non sequitur, quod etiam eidem competat jurisdictio necessaria, contentiosa: ergo neque a jure instituendi, et conferendi; et bene ducitur argumentum ad jus admittendi permutationes beneficiorum, sed aliter probari hoc debet; alias in eo intentionem fundatam habebit episcopus.

70

Dub. 4. quid requiratur, ut episcopus, vel alius praelatus, potestatem admittendi permutationes habens, legitime eisdem authoritatem praestet? Resp. 1. Beneficia debent esse sita in ipsius dioecesi; nec enim sufficit, si jus conferendi habeat: nam si illud situm sit extra dioecesin, etsi conferre illud ex consuetudine, vel alio jure speciali possit, authoritatem tamen praestare permutationi ejusdem nequit, sed hoc spectat ad episcopum loci, in quo beneficium situm est, ut bene notat Garc. *part.* 11. *de benefic. cap.* 4. *num.* 71. Et hinc, quando unum beneficium ex permutandis situm est in una dioecesi, alterum in alia, ut *supra num.* 65. monui, opus est, ut intercedat authoritas utriusque episcopi, cujus jurisdictioni subjecta sunt.

71

2. Requiri debet consensus illorum, qui jus nominandi, praesentandi, eligendi, et maxime conferendi beneficia permutanda habent; Abb. *in cap.* 5. *hoc tit. num.* 9. Garc. *cap.* 4. *cit num.* 72. Barbos. *l.* 3. *jur. eccl. cap.* 15. *n.* 182. Henr. Canis. *summ. l.* 3. *tit.* 8. §. 2. Gonzal. *in cap.* 7. *hoc tit. n.* 8. *in fin.* Passerin. *in cap. un. eodem in* 6. *n.* 38. Zoes. *hic n.* 12. Engl. *n.* 5. Pirh. *n.* 25. Konig. *n.* 11. Vviest. *n.* 26. Ratio est, quia in actibus, qui aliorum juribus praejudicare possunt, jure communi requiri debet consensus eorum, quorum interest: interest autem eorum, quibus jus nominandi, praesentandi, eligendi, etc. ad beneficia permutanda competit: ergo etc. Estque hoc ita verum, ut permutatio, sine istorum consensu facta, sit ipso jure invalida, vel saltem ad petitionem ipsorum

irritanda, ut docet Roch. de Curt. *de jur. patron. V. honorificum n.* 8. Lambertin. *lib.* 2. *de jure patron. part.* 3. *qu.* 2. *art.* 2. *n.* 4. Flamin. *l.* 2. *de resign. quaest.* 4. *a n.* 16. Less. *l.* 2. *de just. cap.* 34. *n.* 198. Passerin. *n.* 41. Honor. *hic n.* 13. et reliqui supra. Si tamen isti in permutationem, ex justa causa faciendam, consentire sine rationabili causa nollent, ea nihilominus approbari, admittique ab ordinario poterit, ut cum *cit.* recte advertunt Abb. *in cap.* 5. *cit. n.* 9. Azor. *p.* 2. *l.* 7. *cap.* 29. *quaest.* 32. Garc. *par.* 11. *de benef. cap.* 3. *n.* 19. *et* 21. Vagn. *in cap.* 5. *cit. V. commutationes not.* 3.

72

3. Si episcopi permutare velint beneficia, quae ipsi ex dispensatione apostolica possident in sua dioecesi, debent permutationem instituere coram metropolitano, qui quoad hoc est superior ipsorum, et loco episcopi ordinarii; Suar. *l.* 4. *de simon. c.* 32. *n.* 9. Barbos. *l.* 3. *jur. eccl. c.* 15. *n.* 177. *hic n.* 27.

4. Non potest permutatio beneficiorum coram ordinariis fieri, nisi inter duos, quorum unus suum beneficium cedit alteri, ut sibi alius suum vicissim cedat; nam resignationes triangulares, et quadrangulares coram ordinariis omnino prohibitae sunt, quod vere permutationes non sint, sed potius resignationes in favorem, quas proinde solus pontifex potest admittere, ut dictum est *libr.* 1. *tit.* 9. *n.* 26. *et* 27.

5. Beneficia permutanda debent esse talia, quae sint permutationi obnoxia, h. e. non unita alteri ecclesiae, vel beneficio, non reservata etc. secundum dicta *n.* 46. *et duob. seq.*

73

Dub. 5. an permutationem impediat gratia exspectativa, quam tertius in beneficio permutando, vel in genere ad prime vacaturum habet? Ratio dubitandi est, quia habenti gratiam exspectativam debet conferri beneficium, quando id vacat: vacat autem, quando id permutaturus resignat: ergo etc.

Sed adhuc dicendum, ejusmodi gratiis exspectativis non obstantibus, beneficia, ad quae datae sunt, permutari posse. Ita Azor *p.* 2. *l.* 7. *c.* 30. *q.* 8. Flores *var. l.* 1. *q.* 13. *n.* 20. Vivian. *in c. un. hoc tit. in* 6. *pr.* Passerin. *ibid. n.* 1. *et seq.* Barbos. *l.* 3. *jur. eccl. c.* 15. *n.* 168. Zoes. *hic n.* 28. Schamb. *n.* 18. et statuitur *c. un. h. tit. in* 6. ubi Bonifacius VIII. voluit, ut permutationes beneficiorum, libere, et sine fraude factae, ab ejusmodi gratiis exspectativis non impediantur. *Ratio est,* quia licet haec beneficia vere vacent, non tamen vacant aliter, quam ex causa permutationis, quae facta non esset, si permutantes scivissent, unum ex illis praetensum iri ab habente gratiam exspectativam, ut sic aequitas rigori juris sit praeferenda.

74

Dixi autem sine fraude ; nam si permutatio in fraudem, et praecise ad excludendum exspectantem fuisset facta , posset iste unum ex beneficiis permutatis petere , perinde, ac si vacasset per mortem, vel resignationem simpliciter factam , ut colligitur ex *c. un. cit.* et notat gloss. *ibid. in casu*, *et V. sine fraude.* Necesse tamen eo casu erit probari fraudem , quae non censebitur satis probata ex eo, quod habens beneficium tenue permutet cum habente beneficium pingue, vel clericus juvenis cum sene ; sed fortiora indicia debent concurrere , quale esset , siquis permutaret beneficium tenue cum pingui proxime vacaturo , quia v. g. alter permutans est morti vicinus, vel si permutatio fiat inter consanguineos etc. Rebuff. *prax. tit. de permut. n.* 42. *et seq.* Azor *p.* 2. *l.* 7. *c.* 29. *q.* 30. Pirh. *hic n.* 36.

75

Neque obstat ratio dubitandi ; etsi enim de rigore juris unum ex beneficiis resignatis ex causa permutationis conferri deberet habenti gratiam exspectativam ad beneficium proxime vacans, tamen ex aequitate hujusmodi gratiae exspectativae resignationes beneficiorum , ex causa permutationis factas , impedire non debent , cum , uti dictum est , resignatio non sit facta , nisi causa permutandi.

Neque dici potest , quod exspectanti ullum fiat praejudicium , etsi ipso neglecto , beneficia conferantur permutantibus ; quia , ut statuitur *clem. un. hoc tit. et infra n.* 79. dicetur ; beneficia vacantia ex causa permutationis debent conferri permutantibus , et nisi hoc fiat, restitui iisdem debent, et alii , quam ipsis facta collatio irrita est : igitur nihil juris exspectans habet in beneficia , quae ex causa permutationis vacant ; cons. etsi permutantibus conferantur , nullum exspectanti fit praejudicium.

76

Quaeritur 4. qualis requiratur , et sufficiat causa ad faciendam beneficiorum permutationem ? Resp. Requiritur causa justa necessitatis , vel utilitatis , ut habetur *c. quaesitum* 5. *hoc tit. in fin.* Ratio est , quia cum permutatio beneficiorum sit jure prohibita , praestat , ne prohibitio haec relaxetur , nisi justa , et legitima causa intercedente , non videtur autem posse esse alia , quam necessitas, vel utilitas ecclesiae : ergo etc.

Ex quo sequitur non sufficere solam utilitatem, aut necessitatem ipsorum permutantium , nisi haec in ecclesiam saltem indirecte redundet. Passerin. *in c. un. hoc tit. in* 6. *n.* 31. Ita autem redundare in eam censetur , si parochus , vel alius beneficiatus in loco difficulter commoretur propter intemperiem aeris valetudini suae adversantis ; si populus ab eo sit aversus , nec adeo cito speretur reconcilia-

tio; si linguam, qua populares ibidem utuntur, non calleat etc. quia sic melius alibi DEO serviet, et servietur ecclesiae, qua decedit, per eum, cum quo permutat, modo iste idoneus sit, Garc. *p.* 11. *de benef. c.* 4. *a n.* 45. Pal. *tr.* 13. *D.* 6. *p.* 3. §. 1. *n.* 4. Barbos. *in c.* 5. *hoc tit. n.* 11. Gonz. *ib. n.* 3. Pirh. *hic n.* 25. Vviest. *n.* 17. clariss. P. Schmier *c.* 5. *de pact. et contract. n.* 61.

77

Dub. 1. an aliquando episcopus, vel alius superior ecclesiasticus clericum possit motu proprio ab una ecclesia transferre ad aliam, vel illum cogere ad faciendam permutationem? Resp. posse, si utilitas, vel necessitas ecclesiae ita suadeat, v. g. quia minus idoneus est ad administrandum, vel quia causavit scandalum in populo, inimicitias, et persecutiones patitur etc. Abb. *in c. quaesitum* 5. *hoc tit. n.* 7. *et* 8. Flamin. *l.* 5. *de resign. q.* 3. *n.* 153. *et seq.* Laym. *l.* 4. *tr.* 2. *c.* 17. *n.* 6. *vers. altera*, Engl *hic n.* 6. Konig *n.* 7. Et sufficit ad translationem hujusmodi faciendam (quod etiam dicendum de permutatione spontanea) si causa hujusmodi adsit ex parte permutantis unius, et permutatio alteri non sit perniciosa. Garc. *p.* 11. *de benef. c.* 4. *n.* 49. Barbos. *l.* 3. *jur. c.* 15. *n.* 172. Pal. *tr.* 13. *D.* 6. *p.* 3. §. 1. *n.* 4.

78

Dub. 2. an ad permutationem faciendam, et admittendam sufficiat subesse causam? Resp. non sufficere: sed etiam allegari a permutantibus debet, et ab ordinario examinari, an justa sit; alias dispensatio nulla erit, utpote in lege superioris absque causae cognitione. Quod a fortiori procedit, stante *constit. s. Pii V.* 58. *vers. ad haec*, ubi ordinariis conceditur potestas admittendi permutationes, quae canonicis sanctionibus, et apostolicis constitutionibus permittuntur, et si secus factum fuerit, irritae esse decernuntur: at nullae aliae permutationes canonicis sanctionibus sunt permissae, nisi eae, quae cedunt in necessitatem, et utilitatem ecclesiae, agnitam ab ordinario eas approbante: ergo etc. Estque hoc adeo verum, ut etiam superiori testanti adesse causam ad permutationem faciendam, fides adhibenda non sit, nisi causae cognitionem praemiserit, ut ex Decio, Alciato, et aliis docet Harc. *p.* 11. *de benef. c.* 4. *a n.* 54. Pal. *tr.* 13. *D.* 6. *p.* 3. §. 1. *n.* 5.

79

Dub. 3. an beneficia, ex causa permutationis resignata, aliis clericis, quam permutare volentibus, conferri possint? Resp. Hic distinguendum est inter jus antiquius *clement. un. hoc tit.* et inter jus per *citat. clem.* introductum; nam ante decisionem istius *clem.* praelatus, coram quo facta est beneficii resignatio causa permuta-

tionis, summo juris rigore, seclusa aequitate, ita libere poterat conferre beneficium, cui sic renuntiatum fuit, ac si vacaret ex pura renuntiatione; Covar. *l.* 1. *var.* *c.* 5. *n.* 5. Barbos. *l.* 3. *jur. eccl.* *c.* 15. *n.* 167. Pirh. *hic n.* 18.

Post *clem. cit.* autem, si superior, vel praelatus, ad quem hoc spectat, renuntiationem beneficiorum causa permutationis admisit, conferri illa debent ipsis permutantibus, non aliis clericis: et si aliis clericis conferantur, facta illorum collatio est nulla, et irrita, prout statutum habetur *clem cit.* et docet *ib.* gloss. *V. conferantur*, Vivian. *ibid. in ration.* Less. *l.* 2. *de just.* *c.* 34. *n.* 197. Garc. *p.* 11. *c.* 4. *n.* 85. Barbos. *c.* 15. *cit.* *n.* 166. Leuren. *p.* 2. *for. benef.* *q.* *n.* 713. *n.* 1. Hon. *hic n.* 16. Vallens. *n.* 5. Zoes. *n.* 30. Engl *n.* 5. *vers.* *for.* Pirh. *n.* 17. Konig *n.* 7. Vviest. *n.* 21. Ratio est, quia permutantes non omnino absolute resignant, sed adjecto modo, ut permutantibus beneficia resignata conferantur, quia spe sua frustrarentur, si eadem conferrentur aliis. Non tamen necesse est, ut resignationes ab utroque permutante, vel collationes ipsis simul, et eodem tempore fiant; sed possunt fieri ex intervallo, praesertim quando sunt in diversis dioecesibus, adeoque resignari debent coram diversis episcopis, et ab ipsis conferri; Rebuff. *prax* *p.* 3. *tit. de permutat. numer.* 36. Azor *p.* 2. *l.* 7. *cap.* 29. *q.* 28. Less. *num.* 197. *cit.* Pirh. *num.* 18: *not.* 2.

80

Dub. 4. an si resignatione ab uno jam facta, alter permutantium nolit, vel non possit vicissim beneficium suum resignare, adeoque permutationem complere, is, qui resignavit, possit beneficium suum repetere? Resp. affirmative. Colligitur ex *c. cum. universorum* 8. *hoc tit.* Ratio est, quia qui resignavit, non absolute, et simpliciter resignavit, sed sub modo, ut cum alterius beneficio permutetur: ergo hoc non servato, repeti beneficium resignationis poterit per condictionem, causa data, et non secuta.

An vero hoc casu nova collatione sit opus, vel propria authoritate resignans ad beneficium resignatum redire possit, controversia est inter DD. Abb. *in c.* 8. *cit.* *n.* 8. Rebuff. *prax.* *p.* 3. *tit. de permut. num.* 11. *et* 16. Garc. *p.* 11. *de benef.* *c.* 4. *num.* 5. Gonzal. *ad reg.* 8. *gloss.* 15. §. 2. *n.* 40. Laym. *l.* 4. *tr.* 2. *c.* 17. *num.* 7. *vers. hinc etiam*, Barbos. *l.* 3. *jur. eccl.* *c.* 15. *n.* 169. Passerin. *in c. un. hoc tit. in* 6. *n.* 16. Zoes. *hic n.* 32. Honor. *n.* 28. Pirh. *num.* 16. Schamb. *num.* 7. et alii plures existimant, tali casu opus esse nova collatione beneficii sic resignati. *Fundantur* 1. quia per resignationem factam, licet ex causa permutationis beneficium resignatum vere vacat, cum possit post resi-

gnationem alteri conferri, ut colligitur ex *Clem. un. hoc tit.* ergo ita resignans amisit titulum beneficii : sed si amisit, non potest illud denuo occupare authoritate propria citra vitium intrusionis : ergo etc. 1 si in casu permutationis unus ex permutantibus, collatione jam alteri facta, decedat, superstiti ad beneficium a se resignatum regressus non datur : ergo nec dabitur casu, quo uterque superstes est, et uterque causa permutationis renuntiavit beneficium suum : 3. si unus permutationis causa tradidit rem suam alteri, alter vero nolit vicissim rem suam tradere, non est locus vindicationi rei, sed condictioni, quasi re non secuta; *l. sicut* 1. §. *fin. ff. hoc tit.* igitur rei ita traditae dominium translatum est in accipientem; nemo enim rem suam potest condicere; §. *sic itaque* 14. *inst. de action.*

81

Sed etsi sententia haec satis communis, et tutior sit, benignior tamen, et communior est contraria, quam defendunt gloss. *in c. cum universorum cit. V. simplicitati*, Innoc. *in c. inter cetera* 17. *de praebend. pr.* Joann. Andr. *in c. un. h. tit. in* 6. *n.* 2. Flamin. *l.* 1. *de resign. q.* 14. *n.* 12. *et seqq.* Azor *p.* 2. *l.* 7. *cap.* 29. *q.* 21. *vers. altera est*, Tholosan. *syntagm. l.* 17. *c.* 17. *n.* 33. Cevall. *commun. contr. commun. q.* 561. *a num.* 6. Less. *l.* 2. *de just. c.* 34. *n.* 136. Vallens. *hic n.* 5. *et* 6. Vviest. *n.* 20. et alii, qui proinde tali casu resignanti regressum ad beneficium sine nova collatione permittunt. Sumitur ex *c. si beneficia* 20. *de praeb. in* 6. ubi ita resignantibus permittitur, ut *ad beneficia sua priora libere revertantur.*

Ratio est, quia non servatis conditionibus jus a resignante non abdicatur, ut pluries decisum a Rota testatur Flamin. *l. cit. n.* 6. et probat ratio, quia actus conditionatus, non impletis conditionibus, perinde, ut non factus habetur; *l. siquis sub conditione* 8. *ff. siquis omiss. caus. testam. et l. cedere* 213. *ff. de V. S.* atqui resignatio in nostro casu non est absolute facta, sed sub conditione si non suspensiva, saltem resolutiva, *si etiam alter beneficium suum resignet, et hoc conferatur sibi*, quae conditio ponitur non fuisse impleta : ergo etc.

82

Neque obstant argumenta opposita. *Ad* 1. patet ex modo dictis, resignationem unius non esse perfectam, nisi post impletam conditionem, puta, resignationem etiam ab altero factam : cons : ante istam beneficium nec vere dimissum est, nec simpliciter vacat. *Ad* 2. negatur paritas; nam quando beneficium resignatum collatum est alteri ex permutantibus, hic titulum illius jam acquisivit : igitur resignans illum amisit. At si nemini adhuc collatum est, jus ad il-

lud nondum intelligitur plene abdicatum a resignante ; quia sub conditione abdicatum est , quae non secuta : igitur non erit eidem praeclusus regressus liber ad beneficium ita resignatum. *Ad* 3. eadem est responsio ; nam per traditionem transfertur dominium et proprietas rei ; cujusmodi traditio in casu nostro non supponitur facta.

83

Dub. 5. an ad valorem permutationis sufficiat, si unus permutantium habeat jus in beneficio ? Resp. negative ; requiritur enim, ut uterque habeat jus in beneficio permutato; Rebuff. *prax. p.* 3. *tit. de permut. n.* 9. Garc. *p.* 11. *de benefic.* 4. *n.* 19. Pirh. *hic n.* 14. Konig. *n.* 7. atque hinc.

Sequitur 1. non valere permutationem, factam ab aliquo, qui beneficium per simoniam , vel alias sine vero titulo consecutus est ; nemo enim potest permutare cum alio, nisi rem suam, vel in qua jus habet; *c. cum venerabilis* 6. *de except. l. sicut* 1. *ff. hoc tit.* Less. *l.* 3. *de just. cap.* 23. *num.* 195. Passerin. *in c. un. hoc tit. in* 6. *n.* 43.

Sequitur 2. eum , qui obtinuit secundum beneficium incompatibile cum primo , non posse permutare primum cum alio simili ; quia illud ipso jure vacat , ita , ut non amplius sit ipsius, Less. Pirh. *l. citt.*

84

Sequitur 3. eum, qui permutavit beneficium suum cum altero, si deinde resciat , quod is , cum quo permutavit , in beneficio a se possesso non habuerit jus , aperto vitio , redire ad beneficium suum pristinum posse ; quia renunciavit ex causa, quae non est secuta; Abb. *in c. cum venerabilis cit. n.* 23. Less. Pirh. *l. citt.* proceditque hoc , etsi permutatio haec facta sit cum legitima superioris authoritate ; quia superior non simpliciter , et libere confert tale beneficium, sed causa permutationis : ergo cum haec irrita sit, superior non habet voluntatem conferendi; Azor *p.* 2. *l.* 7. *c.* 29. *q.* 21.

85

Sequitur 4. invalidas esse permutationes fictas , qualis contingeret in casu , quo Titius vult resignare beneficium suum in favorem Sempronii , quia autem Sempronius videt , quod superior eam resignationem nolit admittere, fingit se habere aliquod beneficium, et hoc dicit se permutare velle cum beneficio Titii. In hoc casu dico , si superior hanc permutationem admittat , et beneficium Titii Sempronio conferat , collationem fore invalidam. Ita contra Rebuff. *prax. p.* 3. *tit. de permut. num.* 14. docet Gomez *ad reg.*

cancell. de infirm. q. 19. Less. *l.* 2. *cap.* 34. *num.* 200. 1. quia tales permutationes januam multis fraudibus aperiunt : 2. quia facta sic permutatio non est permutatio et cons. nullam vim habet 3. quia collatio in hac permutatione est per errorem , et fraudem extorta. *Neque refert* , quod error hic sit circa aliquod extrinsecum ; nam etiam talis error, quando est causa contractus, vel alicujus dispositionis, reddit illam irritam, vel certe in irritum revocabilem.

De feudis.

Alienationibus rerum ecclesiasticarum, quae jure prohibitae sunt, aeccensetur etiam infeud atio illarum; quia licet per eam non transferatur dominium directum, et plenum, ut fit permutatione, transfertur tamen utile ab ecclesia in vasallum.

§. I.

De origine, natura, et varietate feudi.

SUMMARIUM

1 *Origo feudorum.*
2 *An consuetudines feudales vim juris habeant?*
3 *Defenditur affirmativa.*
4 *Quoad capitula ordinaria tantum, non extraordinaria.*
5 *Respondetur ad opposita.*
6 *Jus feudale unum est commune, alterum particulare.*
7 *Istud communi derogat.*
8 *Definitio feudi.*
9 10 11 *Ejusdem essentialia.*
12 *Est species contractus, ubi quae sit obligatio domini directi?*
13 *Vasallus ex eo contractu obligatur primo ad fidelitatem.*
14 *Secundo ad obsequia personalia.*
15 *Tertio ad curam rei feudalis, et quarto si mutatio fiat, ad petendam renovationem investiturae.*
16 *Contractus feudalis est consensualis.*
17 *Nominatus.*
18 *Bonae fidei.*
19 *In quibus feudum conveniat cum emphyteusi?*
20 *In quibus ab eadem differat?*
21 *In quibus ab usufructu?*
22 *Et aliis contractibus?*
23 *Dividitur feudum primo in proprium, et improprium.*
24 *Secundo in nobile, et non nobile.*
25 *Nobile aliud est regale, et non regale.*
26 *Tertio in novum, et vetus.*
27 *Discrimen inter haec duo.*
28 *Potest conferri feudum novum cum jure fundi antiqui.*
29 *Quarto in ligium.*
30 *Et non ligium.*
31 *Hujus species est feudum francum.*
32 *Quinto in ecclesiasticum, et saeculare.*
33 *Quando tale esse censeatur?*
34 *Privilegia feudi ecclesiastici.*
35 *Sexto in masculinum, et foemininum,*
36 *Addunt aliqui mixtum ex utroque.*
37 *Septimo in haereditarium gentilitium, et mixtum.*
38 *In dubio praesumitur potius esse gentilitium.*
39 *Octavo in perpetuum, et temporale.*
40 *Nono in feudum camerae, cavenae, et soldatae.*
41 *Aliae feudorum species.*

1

Quaeritur 1. quae sit origo feudorum? Resp. Etsi umbram quandam feudorum sit invenire apud antiquos romanos, magis tamen receptum apud DD. est, ea originem suam longobardis debere, qui ex Germanis orti, Italiam sub imperatore Justino II. ingressi sunt, et occupata nobilissima ejus parte, regnum Longobardiae constituerunt, diuque obtinuerunt; nam cum bella quotidie vel ab italis vicinis, vel a graecis ex Thracia, vel aliunde timerent, agros inter milites capitatim diviserunt pro cujusque virtute, quos dein *feuda* appellarunt, desumpto nomine vel a *foedere*, aut potius *fide, et fidelitate* latinis vocibus, vel a *fede*, *et feida* vocibus germanis, et francis. Originem istam non obscure indicant libri consuetudinum feudalium, in quibus saepius fit mentio longobardorum, et legum longobardicarum, ut videre est *lib.* 1. *feud. tit.* 10. *lib.* 2. *tit.* 1. *et* 58. Fachin. *l.* 7. *contr. c.* 1. Harpprecht *in annot. ad Jul. clar.* §. *feudum q.* 1. *n.* 11. Haun. *tom.* 3. *de J. et J. tr.* 9. *n.* 581. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *in LL. feud. c.* 1. *q.* 1. Engl. *hic n.* 8. Konig *n.* 19.

2

Dub. 1. quam authoritatem, et vim habeant consuetudines feudales? Fuerunt olim, qui cum Host. *de immunit. eccl.* libris consuetudinum feudalium omnem denegarunt authoritatem; tum quod majori ex parte complectantur decisiones Gerardi Nigri, et Oberti de Orto, qui consules mediolanenses fuerunt, et legis condendae potestatem non habuerunt; tum quod consuetudines illae sint particulares italorum, praesertim mediolanensium, adeoque legibus romanis nihil praejudicare, nec in foro romano obligare possint.

3

Sed dicendum libros feudales esse authenticos, et in imperio vim juris habere, non quidem scripti, eo quod non constent expresso legislatoris consensu, quae natura est juris scripti; sed consuetudinarii, quia moribus, et usu in imperio recepti, ab imperatoribus ac principibus tacite approbati, et pro talibus jam saeculo decimo quinto sunt habiti ut censerentur digni, qui et in academiis praelegerentur publice, et in causis feudalibus legis instar allegarentur: constat autem, consuetudinem, quae judicio populi recepta, et frequenter in eodem controversiarum genere servata est, pro lege custodiendam; *l. de quibus* 32. *ff. de legib. et l. praeses* 1. *cod. quae sit long. consuet.* ut adeo libris istis nihil desit, quin pro lege sint observandi; Clar. §. *feudum q.* 3. Zas. *epitom. de feud. prin.* Duaren. *in consuet. feud. c.* 1. Vultejus *de feud. l.* 1. *c.* 1. *n.* 6. Fachin. *l.* 7. *contr. cap.* 2. Struv. *synt. jur. feud. c.* 1. *th.* 7. *num.* 4.

Harppr. *ad clar. l. cit.* magnif. D. Cristoph. de Chlingensperg *c.* 1. *cit.* *q.* 3. Engl. *hic n.* 1. *vers. ipsum porro*, Konig *n.* 20. *ibid.*

4

Intelligendum autem hoc solum est de *capitibus ordinariis*, quae occurrunt *in libr.* 1. *et* 2. *feud.* usque *ad titulum* 58. *inclusive*; nam ut bene advertit Konig *hic n.* 13. *vers. plane*, capita *extraordinaria*, quae opera Cujacii, et aliorum adjecta sunt, dubiae sunt authoritatis, cum non perinde, ac priora, sint usu recepta. Hinc quoties cum capitibus ordinariis conveniunt, vel ad ordinariorum explicationem faciunt, vel casum in ordinariis non decisum continent, allegari possunt; non vero, si iisdem contrarientur; Haun. *disp. feud.* 1. *th.* 54. *et* 55. Hattman. Pistor. *l.* 2. *q.* 15. *num.* 43. *et* *q.* 13. *n.* 59. Stryck. *exam. jur. feud. cap.* 1. *quaest.* 22. Struv. *th.* 7. *cit. n.* 10. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *cap.* 1. *cit. q.* 5. Konig *l. cit.* *Excipiuntur* constitutiones quaedam imperatoriae, quae identidem interseruntur; nam hae vim juris habent, et quidem scripti, ubi contrario usu, vel non usu non sunt abrogatae.

5

Ad argumenta contraria facilis est responsio. *Ad* 1. imprimis Duar. *c.* 1. *cit. n.* 4. cum Vvilhelmo Ludvvello negat duos relatos consules librorum feudalium authores fuisse: et esto, fuerint, adhuc tamen vim juris consuetudinarii potuerunt accipere, dum usu populi, et approbatione tacita legislatorum recepti sunt. Argumentum retorqueri potest in quavis consuetudine; nam privatorum communiter est, et tamen, accedente consensu legali principis, vim legis obtinet. *Ad* 2. consuetudines istae, quamdiu italorum tantum fuere, jus particulare constituebant italis; postquam vero communi imperii usu receptae sunt, factae sunt juris communis.

6

Dub. 2. quotuplex sit jus feudale? Resp. Duplex est, commune, et particulare. *Commune est*, quod corpori juris communis annexum est, et in toto romano germanico imperio observatur, *gemeine Leben. Recht. Particulare est*, quod in hac vel illa provincia specialiter constitutum est, ut pro Saxonia jus feudale saxonicum, pro Bavaria jus feudale bavaricum; Struv. *synt. jur. feud. c.* 1. *aphor.* 6. Georg. Henr. Bruckner *disp. de curios. feud. th.* 9. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *cap.* 1. *de feud. q.* 7.

7

Vis juris feudalis particularis haec est, ut juri feudali communi deroget: cons. hoc praecipue spectandum in decisione causarum feudalium est, et ubi id deficit, tum primum recurrendum ad jus feudale commune; Rosenthal. *de feud. c.* 1. *concl.* 15. Si aliud sit

jus feudale in loco, ubi situm est feudum, et aliud in loco, ubi contractus feudalis est celebratus, in iis, quae ipsam rem feudalem concernunt, observandum est jus loci, ubi res sita est; in iis contra, quae contractum feudale m spectant, attendi debet jus loci, ubi contractus est initus. Estque hoc verum, etsi utroque casu in curia domini aliud jus vigeat, nisi specialiter sta tutum, vel consuetudine introductum sit, ut idem jus, quod in curia domini viget, in omnibus feudis, et contractibus feudalibus sit observandum; Magn. D. Christoph. de Chlingensperg *l. cit. q.* 8. et apud hunc Struvius *synt. jur. feud. c.* 1. *aphor.* 12. Rosenthal *c.* 1. *cit. concl.* 14. *per tot.*

8

Quaeritur 2. quid sit *feudum*? Resp. *Feudi* nomen tripliciter sumitur: 1. *objective*, pro ipsa re, quae in feudum datur, Germanice *Lehen Zut*: in hoc sensu dicitur feudum mutari, alienari, oppignorari; contradistinguitur ab *allodio*, seu *bonis allodialibus*, quae omnimodo proprietatis jure spectant ad possessorem, vulgo *freyeigne Zuter lib.* 2. *feud. tit.* 17. 26. *et* 44. 2. *effective* pro jure feudali, quod a domino in suis rebus a vasallo conceditur cum obligatione fidei, et obsequii, *ein Lehens Zerechtigzeit lib.* 1. *feud. tit.* 25. §. 1. *et lib.* 2. *feud. tit.* 1. §. *ult. tit.* 23. *tit.* 26. §. 1. *tit.* 55. §. 1. 3. *formaliter* pro ipso negotio, seu actu, quo jus feudi, contractu feudali interveniente, inter dominum, et vasallum constituitur, *Lehens*-contract, *Legens-Zebing. lib.* 1. *feud. tit.* 28. *et lib.* 2. *tit.* 20. Et in hac tertia acceptione definitur feudum, quod sit *benevola, libera, ac perpetua concessio rei immobilis, aut ei aequivalentis, qua istius dominium utile, proprietate retenta, sub obligatione fidelitatis, et servitii, seu obsequii personalis exhibendi transfertur.* Ita Clar. §. *feudum q.* 4. Zas. *in epitom. feudal. p.* 1. *n.* 3. Rosenthal *tr. de feud. c.* 1. *concl.* 3. *n.* 1. Less. *l.* 2. *de just. c.* 24. *n.* 5. Pirh. *hic n.* 1. Engl. *n.* 2. Vviest. *n.* 1. Is, qui rem aliquam in feudum concedit, dicitur *dominus* vel simpliciter, vel cum addicto *directus*, vulgo *der Lehen-Dert*; ille autem, cui conceditur, *vasallus*, seu *feudatarius*, vulgo *der Lehen-Trager*, *Lehenmann.*

Dub. 1. quaenam pertineant ad substantiam feudi? Resp. Haec definitio data indicat; nam 1. debet esse *concessio benevola*, *et libera*; quia est, et vocatur beneficium *libr.* 2. *feud. tit.* 23. *et alibi*: hinc a domino ordinarie gratis, et non pro pretio concedi solet. Quodsi aliquando pro eo pecunia exhibeatur, ex parte deficit a natura feudi, et accedit ad emphyteusin, quamvis etiam eo casu, quia pretium a valore feudi multum exceditur, simpliciter adhuc sit feudum, cum per ejusmodi admodum exile pretium non cesset

esse beneficium; Rosenthal *c.* 1. *cit. concl.* 3. *n.* 8. Less. *cap.* 24. *cit. n.* 5. Hahn. *tom.* 3. *tract.* 9. *n.* 585. Engl. *hic n.* 2. *vers. dico* 1. Pirh. Vviest. *l. cit.*

9

2. *Debet esse concessio perpetua*; quia feudum regulariter extenditur ad descendentes, et haeredes masculos omnes illius, a quo acquisitum est; *libr.* 1. *feud. tit.* 1. §. 4. et si ad certum duntaxat tempus concedatur, a natura feudi propria recedit; Zas. *epitom. feud. p.* 12. *n.* 4. *et seqq.* Pirh. *hic n.* 1. Vviestn. *n.* 2.

10

3. *Debet feudum constitui in re immobili, vel quæ huic æquipollet:* quales sunt res tum incorporales, tum corporales, quae naturaliter mobiles, sed civiliter immobiles, sunt, uti est camera principis, in qua feudum *de cavena* cum obligatione quotannis praestandi certam pecuniae summam recte constituitur. Ita expresse statutum est *l.* 2. *feud. tit.* 1. §. *sciendum, et* docent Zas. *epitom. feud. p.* 4. *num.* 21. Schrader. *de feud. p.* 2. *c.* 2. *num.* 9. Struv. *de feud. c.* 6. *aphor.* 1. Horn. *jurispr. feud. c.* 7. *num.* 1. magnif. D. Christoph. de Chlingesperg. *de feud. c.* 4. *num.* 1. clariss. P. Schmier. *c.* 2. *de pact. et contract. num.* 459. Ratio est, quia feudum sic constitui debet, ut proprietas maneat penes concedentem, et dominium utile transeat in accipientem, ut patet ex definitione data *num.* 8. atqui ita res mobilis concedi non potest; quia in his dominium directum ab utili separari non potest, ita, ut illud maneat penes dantem, istud transeat in accipientem, quippe cum res mobiles vel usu consumantur, vel si serventur, nullam utilitatem praestent illi, cui concessae sunt.

11

4. *Debet in feudo dominium directum, seu proprietatis manere penes dominum feudi, utile transire in feudatarium*, ut constat, ex *l.* 2. *feud. tit.* 23. *in fin. Neque obstat*, quod *ibidem* dicatur solus ususfructus transire: quia, ut bene clar. P. Schmier *l. cit. num.* 464. cum aliis notat, in eo textu non intelligitur ususfructus formalis, qui speciem servitutis habet, *l. recte dicimus* 25. *pr. ff. de V. S.* seu causalis, qui cum utili dominio conjunctus est; *argum. l. ususfructus* 4. *ff. de usufr.*

5. *Ratione feudi vasallus domino obligatur ad fidelitatem*: quae obligatio ita essentialis est feudo, ut etsi juramentum fidelitatis remitti vasallo possit, haec obligatio tamen remitti nequeat, et irritum sit pactum, quo convenitur, ne pro feudo ad fidelitatem domino exhibendam vasallus sit obligatus; Schrader. *c.* 2. *cit. a n.* 25. Engl. *hic n.* 4. P. Schmier *n.* 465. *et* 466.

6. *Prœter fidelitatem vasallus domino in feudo proprio debet exhibere servitia, seu obsequia personalia.* Quaenam vero talia sint, principaliter ad pacta, et conventiones, item ad speciales locorum consuetudines est attendendum; Engl. *hic n.* 5.

12

Dub. 2. an feudum sit species quaedam contractus? Resp. affirmative: et quidem reciprocus: quia obligationem ultro citroque ex consensu inducit. *Dominus directus* vi istius contractus obligatur 1. ut vasallo conferat investituram in re feudali: quae duplex est, *propria*, qua vasallus realiter, et corporaliter in feudi possessionem introducitur; et *impropria*, qua eandem possessionem consequitur per traditionem symboli, e.g. sceptri, quo modo investiuntur ecclesiastici, aut vexilli per quod investiuntur saeculares. 2. ut damnum, quod ex dilatione investiturae vasallus sustinuit, resarciat; *l.* 2. *feud. tit.* 7. *in fin.* 3. ut auxilium, et consilium vasallo praestet, simulque caveat, ne eidem, vel ejus rebus vis inferatur, aut periculum struatur etc. *l.* 2. *feud. c.* 9. *vers. dominus quoque.* Quae omnia ut consequatur vasallus, datur eidem contra dominum, et haeredes actio personalis, quam Vult. *de feud. l.* 1. *c.* 2. *n.* 12. vocat *condictionem ex moribus*, et ut idem ex Bartolo *n.* 13. notat, cum nascatur ex contractu nominato, nomine ex contractu mutuato, appellari posset *actio feudalis*.

13

7. *Vasallus* ex contractu feudali obligatur 1. ad fidelitatem domino exhibendam, quae in eo consistit, ut eundem, et personas ipsi proxime conjunctas in vita, honore, et bonis defendat, ac damna exinde timenda, quantum poterit, avertat; *l.* 2. *feud. c.* 5. 6. *et* 7. Et procedit hoc adversum quemcunque alium: ubi tamen excipitur imperator, vel rex romanorum; *l.* 2. *feud. c.* 55. *in fin.* pontifex tanquam pater et superior universalis ecclesiae; *arg. cap. venientes* 19. *de jurejur.* dominus antiquior, a quo vasallus jam prius aliquod feudum accepit; *l.* 2. *feud. cap.* 28. *fin.* Patria, et bona vasalli propria, ejusque pater: cui non obstat, quod *c.* 28. *cit.* jubeatur vasallus dominum adjuvare etiam contra patrem; nam ut Engl. *num.* 4. *hic vers. non tamen* rectae advertit, id intelligi congruere potest de patre non vasalli, sed domini, et quidem in eum casum tantum, quo dominus patrem suum causa publicae utilitatis, vel alia justa causa impugnare potest, aut se contra ipsum defendere necesse habet. *Ratio horum omnium est*, quia his vasallus arctiori vinculo ad fidelitatem obstringitur.

14

Obligatur ad servitia, seu obsequia personalia: quae non semper aequalia sunt; crebrius autem sunt militaria, ita, ut vasallus,

debite requisitus (in casu gravioris periculi tenetur ultro venire per textum *l. 2. feud. tit.* 26. §s *vers. licet*) dominum ad bellum sequi, et pro eo etiam propriis sumptibus, si feudum pingue sit, pugnare, vel alium aeque idoneum sui loco subsistere, vel certe mediam partem fructuum feudalium illius anni domino, pro continuatione belli subministrare debeat; *l.* 2 *feud. tit.* 55. §. 1. Sed hoc, si bellum sit justum; nam si injustum sit, vasallus domino servire non tenetur, nec debet, nisi tantum ad defensionem ejus, non vero ad offensionem injustam alterius. Si dubitetur, an justum sit bellum, vel injustum, servitia preastanda erunt; quia in dubio superioris mandatum praesumitur esse justum.

15

3. Obligatur, ut re, in feudum concessa, tanquam diligens, et bonus paterfamilias utatur fruatur, et siquae damna ex dolo, vel culpa lata, et levi intulerit, compenset; Rosental. *de feud. c.* 10. *concl.* 45. *n.* 37.

4. Si vel dominus directus, vel persona vasalli mutetur, petere intra annum, et diem renovationem investiturae debet; *l. 2. feud. tit.* 40. *pr.* et *tit.* 45. *pr. circa finem* Horn. *jurispr. feud. c.* 17. *per tot.*

Competit in hunc finem domino directo, et ejus haeredibus actio personalis bonae fidei, rei persecutoria, et perpetua, contra vasallum, et ejus haeredes; clariss. P. Schmier *c.* 2. *de pact. et contr. n.* 554.

16

Dub. 3. qualis contractus sit feudum? Resp. Est contractus consensualis, nominatus, et bonae fidei.

Dixi 1. *esse contractum consensualem.* Displicet quidem assertio ista non paucis, qui putant eum esse contractum realem, et perfici traditione rei feudalis per investituram. Sed persistendum in assertione, quod investitura non ad essentiam contractus feudalis requiratur, sed ad complementum illius tantum, ad similitudinem contractus emphyteutici: unde sicut iste, ita etiam contractus feudalis solo partium inter se paciscentium consensu perficietur, et actionem producet, quam primum in idem placitum consenserunt; Horn. *jurispr. feud. cap.* 12. §. 2. clariss. P. Schmier *c.* 2. *de pact. et contract. n.* 451. *et* 452.

17

Dixi 2. *esse contractum nominatum.* In quo contrarium defendit magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *c.* 1. *de feud. q.* 11. cum aliis, qui contendunt feudum esse contractum innominatum, quod feudum per se non denotet contractum sine investitura. *Et confirma-*

tur; quia alias etiam permutatio foret contractus nominatus, quod negatum est *tit. præc. num.* 2. Sed pro nostra assertione militat communior feudistarum, et aliorum DD. nominatim Rosental. *de feud. p.* 2. *c.* 2. *num.* 3. Struv. *de feud c.* 8. *aphor.* 4. *num.* 2. Haun. *tom.* 3. *de j. et j. tr.* 9. *n.* 583. clariss. P. Schmier *c.* 2. *cit. num.* 453. *et duobus seqq.* Ratio est, quia habet nomen specificum, proprium, et tale, quod praedicari potest de pluribus negotiis, solo numero philosophice differentibus, et simul, antequam fiat traditio rei in contractum deductae, contra id, quod in contractibus innominatis contingit, actionem parit ad ipsam investituram, qua res feudalis traditur, consequendam, ut dictum est *num.* 12. *Ad argumentum contrarium* patet ex dictis *n. præc.* nam feudum non tam in ratione contractus, quam in ratione juris realis, et utilis dominii investituram desiderat. *Ad Conf.* negatur paritas; quia permutatio habet nomen nimis genericum, et contractibus specie diversis applicabile.

18

Dixi 3. *esse contractum bonæ fidei.* Quod negant Rosental *de feud. cap.* 1. *concl.* 5. *n.* 1. *et seqq.* Schrader. *cap.* 2. *cit. num.* 4. Haun. *tr.* 9. *cit. n.* 583. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg. *q.* 11. *cit.* qui proinde feudum ad contractus stricti juris revocant, ex ratione, quod contractus feudalis ex consuetudine, quae est juris stricti, naturam suam participet. Sed nobiscum sentiunt Horn. *jurispr. feud. c.* 12. §. 2. Struv. *de feud. c.* 8. *aphor.* 4. *n.* 4. Schamb. *de feud. tit.* 1. *n.* 13. clariss. P. Schmier *de pact. et contract. c.* 2. *n.* 456. *et duobus seqq.* Rationem dant, quia feudum est contractus bilateralis, ut fatetur ipse Schrader. *l. cit. n.* 2. atqui omnis contractus bilateralis est bonae fidei, ut laudatus P. Schmier *tr. cit. c.* 1. *num* 82. *et seqq.* optime ostendit ex eo, quod in his contractibus saepe quaedam, antea improvisa, et incognita superveniant, ita, ut omnia, et singula in iisdem ab initio determinari nequeant: cons. potestatem ampliorem judici concedi decuit ad determinandum ex aequo, et bono ea, quae determinata non sunt. *Ad argumentum partis adversæ* consuetudines feudales, quantum fieri potest, cum jure communi sunt concordandae; *l.* 2. *feud. tit.* 1. *pr. in fin.* igitur sicut hoc ita, et illae ex aequo, et bono interpretationem recipiunt.

19

Quaeritur 3. quomodo feudum differat ab aliis contractibus? *Et* 1. *quidem dubitatur*, quomodo differat ab emphyteusi? Resp. Feudum cum emphyteusi in multis convenit, in multis ab ea discrepat.

Conveniunt feudum, et emphyteusis 1. quod soleant praecipue constitui in immobilibus. 2. quod soleant concedi in perpetuum. 3. quod in utroque transferatur dominium utile, et concedatur utilis rei vindicatio. 4. quod alienari non possint inscio, vel invito proprietario, ita tamen, ut bona feudalia inter vasallos, et emphyteutica inter emphyteutas dividi possint, non requisito domino. 5. Quod tam emphyteuta, quam vasallus possit servitutem praedio acquirere, non autem servitute illud gravare. 6. Quod sicut emphyteuta emphyteusim, ita vasallus feudum cedere domino suo possint. Quae similitudo, ut bene advertit Haun. *tom.* 3. *de J. et J. tr.* 9. *n.* 587. facit, ut ab uno ad alterum probabile fiat argumentum, quando casus non est expresse decisus in libris feudalibus, et ratio eadem pro utroque militat. *Probabile*, inquam, non convincens; nam in pluribus

20

Differt feudum ab emphyteusi. 1. quia emphyteusis ex fine suo primario conceditur ad culturam, et meliorationem, ut dictum est *tit.* 18. *n.* 89. feudum vero simpliciter. 2. in emphyteusi debetur domino directo annuus canon, seu pensio realis; in feudo autem obsequium tantum personale. 3. vasallus non tenetur obsequium praestare domino, nisi iste hoc exigat; emphyteuta debet pensionem solvere tempore constituto, etiamsi dominus solutionem non petat. 4. Novus emphyteuta non indiget investitura; hac indigent successores vasalli. 5. Emphyteuta non nisi ab ipso domino mitti in possessionem potest; *l. cum dubitabitur* 3. *C. de jur. emphyt.* Vasallus investituram accipere potest per procuratorem domini. 6. Vasallus investituram accipere debet coram testibus, et praesentibus convasallis, seu paribus curiae; emphyteutam vero potest, ac debet dominus propria authoritate suscipere vel per se, vel per litteras. 7. Emphyteuta non tenetur praestare domino juramentum fidelitatis; hoc eidem tenetur praestare vasallus. 8. In feudo nequit succedere foemina, nisi sit feudum foemineum, vel nisi id expresse pactum fuerit; potest succedere in emphyteusi. 9. Vasallus dimittere feudum sine domini voluntate potest, cum sit beneficium; non potest emphyteuta rem emphyteuticam, quia accepit, ut reddat meliorem. 10. Emphyteuta non prohibetur de jure suo in testamento disponere, illudque legare alteri; vasallus istud non potest. 11. Emphyteuta potest rem oppignorare, donare, vendere, et quovis modo alienare, etiam in extraneum, domino consentiente, aut non volente emere; id vasallus in feudo antiquo non potest, nisi cum consensu agnatorum. 12. Ob alias causas amittitur feudum; ob alias emphyteusis.

21

Dub. 2. quomodo feudum distinguatur ab usufructu? Resp. Etiam ab hoc in pluribus differt. Nam 1. feudum est jus in re quodammodo propria; ususfructus jus in re aliena. 2. in feudo transfertur dominium utile in vasallum, non vero in usufructu ad usufructuarium. 3. pro re feudali datur vasallo utilis rei vendicatio adversus quemcunque possessorem, etiam contra ipsum dominum, eam in praejudicium vasalli detinentem; quae actio non competit usufructuario, cum dominium in re non habeat. 4. Usufructuarii jus cum persona extinguitur; feudum autem etiam ad haeredes transit. 5. Usufructuarii jus ita personale est, ut alteri cedi non possit, sed hoc ipso, quod usufructuarius velit jus suum transferre in alium, exspirat usufructus, et ad dominum proprietatis revertitur; *l. si usufructus* 66. *ff. de jur. dot.* contra vasallus feudum acceptum alteri locare, imo per modum feudi concedere, et ita alium subinfeudare potest, 6. denique feudum conceditur sub praestatione fidei, et servitiorum; non vero usufructus; Struv. *synt. jur. feud. cap.* 2. *aphor.* 3. *n.* 3. Giphan. *disp. feud. n.* 12. Engl *hic n.* 3. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *de feud. c.* 1. *q.* 12. et alii passim.

22

Dub. 3. quomodo feudum differat a jure superficiario, contractu censuali, libellario, et ceteris contractibus? Resp. 1. a *jure superficiario* differt, quia feudum consistit in rei solo, conceditur sub conditione fidei, et alienari nequit sine consensu domini: contra jus superficiarium consistit in superficie, datur sub pensione, vel sine hac, et in alienatione ejus consensus domini non requiritur; Struv. *cap.* 2. *cit. aphor.* 10. *n.* 12. Schneidevv. *ad* §. *adeo n.* 13. *inst. de locat. et conduct.* Schrader. *de feud. p.* 2. *c. n.* 57. quos citat, et sequitur magnif. D. Christoph. de Chlingensperg; *l. cit. q.* 14. 2. *a contractu censuali*; quia in feudo transfertur tantum dominium utile, et si vasallus rem feudalem, irrequisito domino, alienet, eam amittit; at in contractu censuali acquiritur dominium etiam directum, neque hoc amittitur ob alienationem, irrequisito domino, factam; Schrader. *l. cit. n.* 59. 3. *a contractu libellario*; quia feudum non solet revocari, non mutato possessore; bona vero per contractum libellarium concessa revocantur statis, certisque temporibus, data certa pecunia, vel quam bonus vir arbitratus fuerit secundum qualitatem rei in libellariam datae; Rittershus. *jur. justin. p.* 1. *c.* 8. *n.* 51. 4. *a deposito*, *et pignore*; quia in deposito res solum datur ad custodiam, in pignore ad securitatem crediti. 5. *a precariis*, *commodato*, *locato*; quia in his conceditur sola facultas utendi, aut etiam fruendi. 6. *a venditione*, *permutatione*, *mutuo*, *et donatio-*

ne; quia per istas acquiritur jus plenum, cum per feudum transferatur tantum jus utile.

23

Quaeritur 4. quotuplex sit feudum? Resp. Feuda sunt diversissimi generis. Nam 1. dividitur feudum; in *proprium*, seu *rectum*, *et improprium*, seu *non rectum*. *Illud* est, quod naturam feudi propriam, ejusque tam substantialia, quam naturalia, nullo statuto, consuetudine, vel conventione immutata retinet. *Istud*, quod substantialia quidem feudi habet, in naturalibus tamen quibusdam deficit, quod iisdem statuto, consuetudine, conventione, seu pacto sit derogatum; Rosenthal *de feud. c.* 2. *concl.* 57. *et seq.* Schrader. *p.* 2. *c.* 3. *n.* 1. *et* 2. Zoes. *de feud. p.* 2. *n.* 6. Engl. *hic n.* 6. Konig *n.* 5. *ibid.*

Porro ad naturam feudi propriam, ut ex definitione feudi *n.* 8. allata patet, pertinet. 1. ut ex benevolentia domini, super re immobili, pro haeredibus masculis, per investituram sit constitutum. 2. ut vasallus vi illius obligetur ad fidelitatem, quam juramento debet promittere, et ab obsequia personalia incerta. 3. ut dominium rei directum maneat penes dominum, utile, et quidem in perpetuum transferatur ad vasallum: a quo neque invito sine culpa auferri, neque sine domini consensu alienari queat. 4. ut post mortem vasalli, et domini renovandum sit etc. Haec requisita si habeat feudum, dicitur, *proprium* seu *rectum*; si autem deficiat, erit *improprium*, seu *non rectum*, *et degenerans*, qualia sunt *feudum francum*, *foemineum etc.*

In dubio praesumitur potius esse feudum proprium, quam improprium; Haun. *tom.* 3. *de j. et jur. tr.* 9. *n.* 591. *Excipitur*, nisi constet, statuto, vel consuetudine alicujus loci aliqua esse immutata ex iis, quae alioquin solent esse ordinaria feudorum; nam eo casu, etsi dubium sit, qua mente contractus feudalis sit celebratus, censebitur celebratus secundum tale statutum, vel consuetudinem, ut recte idem Haun. *l. cit.* notat; cons. pro improprio haberi debet.

24

Dividitur 2. in feudum nobile, et non nobile. *Nobile* illud dicitur, quod accipientis personam nobilitat, vel si is jam prius nobilis fuit, talem esse ostendit, quia vel annexam jurisdictionem habet, vel confertur in nobile ab eo, qui nobilitandi potestatem habet: hoc tamen exprimi in litteris investiturae debet; alias praesumetur esse feudum commune, seu non nobile. Et hinc, licet ad substantiam feudi scriptura non requiratur, qui tamen feudum aliquod in nobile accepit, curare debet, ut scriptura desuper fiat.

Non nobile illud vocatur, quod non nobilitat, quia concessum est vel a persona, quae nobilitandi potestatem non habet, vel si a tali concessum est, qui nobilitare potest, sine nobilitatis mentione, sine jurisdictione, vel alio simili jure concessum est; Vult. *de feud. cap.* 8. *num. n.* 9. *et seq.* Rosental. *c.* 2. *concl.* 2. *n.* 9. Konig. *n.* 6. Vviest. *ibid. n.* 11.

25

Nobile subdividitur in regale, et non regale. *Regale*, germanice *Jahnem-ader scepter-Lehen*, quod investitura, si vasallus sit saecularis, vexillo; si ecclesiasticus, sceptro fieri consueverit, illud nuncupatur, quod ab imperatore, vel alio superiorem non recognoscente conceditur, et per quod datur investito omnis potestas, et jus in terris ad feudum illud pertinentibus, quo in imperio, vel regno suo utitur imperator, vel ejusmodi princeps, exceptis duntaxat iis, quae huic in supremae potestatis signum sunt reservata: et ejusmodi feuda sunt in imperio romano electoratus, archiducatus, ducatus, marchionatus, comitatus, et hodiernis moribus baronatus; Zas. *in epitom. feud. p.* 4. *n.* 29. Rosenthal. *c.* 2. *cit. concl.* 1. *n.* 4. Engl. *hic n.* 10. Konig. *n.* 7. clariss. P. Schmier *cap.* 2. *de pact. et contract. n.* 482. magnif. D. Christoph Chlingensperg. *c.* 2. *de feud. q.* 9. *Non regale* est, quod conceditur a domino superiorem recognoscente, vel ab imperatore quidem, aut alio principe supremo, non tamen cum ejusmodi plena potestate, sicut communiter fit, quando in feudum conceditur villa, pagus, praedium etc. Vult. *c.* 8. *cit. n.* 10. Schrader. *c.* 3. *n. et* 9. Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 608. Vviest. *n.* 12. *hic cum cit.*

26

Dividitur 3. in feudum novum, et vetus. *Feudum novum* est, quod initium habet a persona vasalli, quia ad hunc beneficio solius domini, et non ex successione pervenit. *Vetus*, quod per successionem ab uno ex ascendentibus ad eum est devolutum. Posterius istud quidam subdividunt in paternum, et avitum, seu simpliciter antiquum.

Paternum dicunt, quod originem trahit a persona, quae intra quartum gradum vasallo conjuncta est, qualis est pater, avus, proavus, abavus ejusdem.

Avitum, sive *simpliciter antiquum*, quod acquisitum est ab aliquo majorum, supra quartum gradum conjuncto, videlicet atavo, tritavo etc. Verum haec subdivisio ut optime notat Rosenthal *de feud. cap.* 2. *concl.* 9. 10. 11. *et* 13. Vult. *l.* 1. *cap.* 8. *n.* 12. Struv. *cap.* 3. *aphor.* 2. *n.* 5. Horn. *jurispr. feud. cap.* 5. §. 7. clariss. P. Schmier *cap.* 2. *de pact. et contract. n.* 486. non est legalis, cum hodierno more, et effectibus spectatis, inter feudum paternum,

et simpliciter antiquum vix sit ullum discrimen, quae causa RR. commovit, ut inter se illa, discrimine sublato, confunderent.

27

Inter feudum novum, et vetus triplex admodum notabile discrimen interjacet. 1. enim feudum vetus alienari non potest, etiam cum consensu domini, si non etiam consensus agnatorum accedat; contra feudum novum ut alienari possit, solius domini consensus sufficit; Mynsing. *cent.* 4. *obs.* 85. *n.* 1. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *de feud. cap.* 2. *q.* 1. clariss. P. Schmier *cap.* 2. *de pact. et contract. n.* 487. cum aliis. 2. si feudum sit novum, et vasallus illud renuntiet, vel sine consensu domini alienet, ad dominum illud revertitur; si autem antiquum sit, ad descendentes, et reliquos agnatos devolvitur, quia his in tali feudo ex antiquis investituris quaesitum jus est, cui vasallus praejudicare non potuit; *l.* 1. *feud. tit.* 8. §. 1. Gaill. *l.* 2. *obs.* 50. *n.* 11. Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 599. 3. in feudo novo succedunt soli filii, et ex his descendentes, non vero collaterales, si filii, et nepotes in linea recta deficiant; in feudo antiquo autem, si vasallus sine liberis, et ab his descendentibus sit defunctus, ad successionem etiam admittuntur collaterales, dummodo a primo acquirente descendant; *l.* 1. *feud. tit.* 1. §. 2. Haun. *l. cit. n.* 596. Konig *hic n.* 8.

28

Porro licet feudum vetus sine consensu agnatorum non possit concedi ut novum, quia tali innovatione agnatis praejudicaretur, potest tamen feudum novum concedi cum jure feudi antiqui, et tanquam antiquum, cum quilibet, ubi alteri nullum fit praejudicium, in re sua sit moderator, et arbiter; *l. in re mandata* 21. *C. mandat.* et contractus ex conventione legem accipiant; *reg.* 85. *in* 6. atqui per hujusmodi concessionem nemini fit praejudicium, sed potius agnatorum conditio melioratur, ut nempe etiam succedant collaterales, qui alias secundum dicta *n. praec.* fuissent exclusi, si jure feudi novi fuisset concessum: ergo etc.

29

Dividitur 4. in feudum ligium, et non ligium. *Ligium*, sic dictum a *liga*, seu *ligando*, est, quod conceditur ab aliquo superiorem in temporalibus non recognoscente, et eo pacto, ut juramento promittat fidelitatem adversus quemcunque, nemine excepto, subjiciendo se, et allodialia sua bona omnia potestati et jurisdictioni illius; *l.* 2. *feud. tit.* 99. *pr.* Clar. §. *feudum q.* 11. *n.* 1. Rosental. *c.* 2. *concl.* 3. *a n.* 2. Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 620. Engl *hic n.* 10. Vviest. *n.* 13. juramentum summae hujus fidelitatis speciali nomine *homagium* appellatur, et jurans se hominem alterius facere dici-

tur: et ita *Clem. pastoralis* 2. *de re judic.* rex siciliae dicitur *homo ligius ecclesiae romanae.* Ex quo Clar. *l. cit. n.* 2. Rosenthal. *concl.* 3. *et* 4. Horn. *c.* 3. §. 23. Haun. *n.* 621. cum ceteris *supra cit.* deducunt, neminem posse a duobus summis principibus, v. g. ab imperatore, et rege Galliae feuda ligia simul obtinere; cum enim contingere possit, ut hi duo bella secum invicem gerant, sicut defacto gerunt, talia feuda obtinens obligaretur simul et semel militare pro imperatore contra Galliae regem, et pro hoc contra imperatorem: quod fieri non potest juxta pronuntiatum Christi: *nemo potest duobus dominis servire*; Matth. 6. *v.* 24.

30

Feudum non ligium dicitur, quo vasallus ita fidelitatem praestat uni adversus aliquos, ut tamen alteri etiam domino fidelitatem adversus alios spondeat; *l.* 2. *feud. tit.* 99. Talia feuda sunt, quae vasallus obtinet a domino superiorem recognoscente; semper enim huic fidelitatem sic jurat, ut exceptus censeatur imperator, rex, antiquior dominus, a quo feudum aliud habet; *l.* 2. *feud. tit.* 28. *et tit.* 55. *utrique in fin. ex quo sequitur* feuda non ligia simul a diversis eidem vasallo posse competere; cum nihil inter se pugnans habeat. *Et hoc procedit*, etiamsi unum vel utrumque datum sit a supremo, vel duobus supremis principibus; non enim omne feudum, quod a supremis principibus datur, ligium est, sed expresse id exprimi vel in investitura, vel in juramento fidelitatis debet: alias praesumetur esse non ligium; quia qualitas ligii est supra naturam communem feudi, ideoque a speciali conventione dependens, et facti, quod in dubio non praesumitur; Joan. Koppen *jur. feud. obs.* 2. *n.* 35. Engl *hic n.* 11. *vers. romanus*, Konig *ibid. n.* 10.

31

Feudi non ligii species feudo ligio extreme opposita, est *feudum francum*, seu *liberum*, Germanice *ein trey-lehen*, sic appellatum, quod ejus ratione vasallus non obligetur ad ullum servitium, sed tantum ad fidelitatem praestandam domino; Rosenthal *c.* 2. *concl.* 59. *n.* 3. Vult. *de feud. l.* 1. *c.* 8. *n.* 50. Borcholt. *c.* 4. *n.* 20. *et* 32. Schrader. *c.* 4. *n.* 8. Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 622. Engl *hic n.* 6. Konig *n.* 13. Vviest. *n.* 13. Sunt autem hujusmodi feuda Franca, teste Schrader. *l. cit.* in Germania nostra valde usitata, praesertim quae civibus conceduntur, cum hi ad ullum servitium ratione feudorum suorum dominis exhibendum fere non obligentur.

32

Dividitur 5. in feudum ecclesiasticum, et saeculare. *Ecclesiasticum*, si stricte istud sumatur, illud est, quod ab ecclesia, sive ejus praelato de bonis, ad ecclesiam, vel monasterium etc. pertinen-

tibus constituitur; Bocer. *tr. de qualit. et differ. feud. c.* 2. Vult. *l.* 1. *c.* 8. *n.* 19. Konig *hic n.* 9. *saeculare*, quod constituitur a principe, vel alio domino saeculari, aut etiam a praelato ecclesiastico de bonis patrimonialibus ejusdem; Rosenthal. *c.* 2. *concl.* 5. Fagn. *in c. verum* 7. *de for. compet. n.* 29. Konig *hic n.* 9. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg. *c.* 2. *cit. q.* 6.

33

Et hinc, ut sciatur, ecclesiasticum, an saeculare sit feudum, attendi debet non persona domini concedentis, neque persona ejus, cui illud conceditur, sed bona, sive res immobilis, aut ei adhaerens, vel aequipollens concessa in feudum; nam etiam feudum ecclesiastico, vel ecclesiae concessum a domino laico, si stricte accipiatur feudi ecclesiastici nomen, pro saeculari habendum est, ut recte observat Engl *hic n.* 9. Vviest. *n.* 12. et talia feuda sunt territoria illa specialia, quae multi episcopi, et praelati in feudum sibi concessa ab imperatoribus habent; nam respectu illorum considerantur, ut vasalli ceteri saeculares, et ut principes, ac status imperii: unde et jus gladii, quod utique tanquam ecclesiasticis alias ipsis nequaquam competeret, aliaque jura exercere possunt, ut bene Gaill. *l.* 1. *obs.* 30. *n.* 4. *et seq.*

34

Dixi autem, *si stricte accipiatur nomen feudi ecclesiastici*; nam aliquando feudum ecclesiasticum accipitur largius pro eo etiam, quod ecclesia per suos praelatos ab aliis, etiam saecularibus, tenet, et recognoscit, ut cum aliis notat Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 610. quod etiam ipsum specialiter prae simpliciter laico privilegiatum sit, quamvis non eo modo, quo feudum stricte ecclesiasticum. Privilegium *feudi stricte ecclesiastici* seu *ab ecclesia dati* est, quod coram quibuscunque testibus concedi possit, cum ex adverso in feudo saeculari, ut *n.* 20. *supra* dixi, investitura, non nisi coram paribus curiae, seu convasallis, ab eodem domino feudum habentibus, fieri, nec per alios testes facta probari queat. *Feudi ecclesiastici latius sumpti*, seu *ab ecclesia accepti* privilegium est, quod propter delictum, et infidelitatem episcopi, vel abbatis amittatur quidem, et ad dominum redeat, quamdiu delinquens in praelatura manet, verum eo mortuo, aut deposito, successori illius sit restituendum, cum delictum praelati non debeat nocere successori, vel ipsi ecclesiae; *l.* 2. *feud. tit.* 40. §. *item si cap. delictum* 76. *de R. J. in* 6. Engl. *hic n.* 48. Konig. *n.* 9. clariss. P. Schmier *tr. de pact. et contract. c.* 2. *n.* 498. et dicam *infra* §. 5.

35

Dividitur 6. in feudum masculinum, et foemininum: *masculinum*, vulgo *ein manns-lehen*, est, quod ad mares duntaxat transit. *foemininum*, quod etiam ad foeminas, saltem, masculis deficientibus: hinc vulgo *veiberader gundel lehen* vocatur: Porro foemininum fit ex duplici capite, vel quia a foemina primum est acquisitum, vel quia eo pacto acquisitum est ut etiam ad foeminas transeat. Si primo ex capite foemininum sit factum, *maternum* dicitur. Et sufficit, a foemina originem ducere, etiamsi expresse illud actum non sit, ut ex communi aliorum sensu tradunt Rosenth. *c.* 7. *concl.* 25. *n.* 2. Schrader *p.* 2. *c.* 4. *n.* 11. mag. D. Christoph. de Chlingensperg *c.* 2. *de feud. q.* 15. P. Vvies. *hic n.* 14. quod initium inspiciendum sit, et a primordio tituli posterior formetur eventus *l. si procuratorem* 3. *pr. ff. mandat.* cum dominus dans feudum foeminae eam ad successionem habilitare videatur. *Excipitur*, nisi expresse id actum sit, ut feudum primitus concessum foeminae sit masculinum; nam actus agentium ex intentione illorum legem accipiunt.

36

Revocant huc aliqui feudum quoddam mixtum, h. e. partim masculinum, partim foemininum quod conceditur marito, et uxori: quo casu si forte superstes esset sola filia, feudum pro dimidia tantum parte ad filiam, pro altera vero ad dominum pertineret, cui, qua masculum, esset apertum. Sed, ut bene notat Haun. *to.* 3. *de J. et J. tr.* 3. *n.* 623. hujus speciei communiter DD. non meminerunt. Alii solum unum caput agnoscunt, ex quo feudum foemininum fiat, sc. si a foemina tanquam prima acquirente originem trahat; nam illa feuda, in quibus tam mares, quam foeminae possunt succedere, si primus acquirens sit mas, haereditaria volunt appellari. Verum haec doctrina, quatenus significare vult omne feudum haereditarium etiam foemineum esse, vera non est, cum constet haereditaria aliqua esse, quae solis masculis haeredibus deferuntur, ut mox dicetur.

37

Dividitur 7. in feudum haereditarium, gentilitium, et mixtum. *Haereditarium*; vulgo *Erb-lehen*, proprie illud dicitur, quod alicui simpliciter, et absolute concessum est pro se, et quibuscumque ejus haeredibus, etiam extraneis: unde ad istud obtinendum sufficit, ut quis sit haeres; Clar. §. *feudum q.* 9. *n.* 2. Fach. *l.* 7. *contr. c.* 6. Engl. *hic. n.* 8. Pirh. *n.* 3. Konig *n.* 11. Vvies. *n.* 19. *Gentilitium*, quod etiam *ex pacto*, *et providentia*, *vulgo stammen-leben* nuncupatur, illud est, quod aliquis pro se, et filiis, seu liberis, nulla haeredum facta mentione obtinuit: ut istud quis consequatur, et in eo succedat satis est, si sit filius vel descendens a primo acquirente, etiamsi hae-

res non sit; Clar. *l. cit. n.* 3. cum reliquis *supra. Mixtum* est, quod neque simpliciter haereditarium est, neque simpliciter ex pacto, et providentia, sed participat de utroque, quia alicui concessum est pro se, et filiis suis haeredibus: et hinc, ut in tali feudo quis succedat, requiritur, ut simul sit filius, et haeres, adeoque, ut in eo simul sanguinis, et haereditatis jura concurrant Clar. *l. cit. n.* 4. cum ceteris.

38

In dubio praesumitur potius esse ex pacto, et providentia, quam haereditarium, ut cum Vult. Myns. Schradero advertit mag. D. Christoph. de Chlingesperg *de feud. c.* 2. *q.* 14. ex ratione 1. quia in dubio praesumiiur, quod est de propria rei natura: sed feudum ex pacto, et providentia magis servat naturam propriam feudi, quam haereditarium. 2. Pacta sunt facti, et non praesumuntur, atqui feudum haereditarium non constituitur, nisi speciali pacto, in investitura expresso, id actum fuerit; *arg. t.* 48. *l.* 2. *feud.* 3. contrahentes in dubio censentur se conformare voluisse dispositioni juris communis; *c. cum dilectus* 8. *de cons.* atqui juris feudalis authoritate feudum pertinet, ad descendentes sine qualitate haereditaria, adeoque potius ex pacto, et providentia, quam haereditarium est: ergo etc.

39

Dividitur 8. in feudum perpetuum, et temporale. *Perpetuum* est, quod ad descendentes, vel etiam haeredes transmittitur. *Temporale*, quod personam, cui confertur, non transit, sed tamdiu duntaxat durat, quamdiu officium, cujus intuitu constituitur, durat. Tale est 1. *Feudum guardiae*, quod illi, cui custodia civitatis, oppidi, castri etc. commissa est, pro opera, solertia, et labore suo conceditur. 2. *Feudum gastaldiae*, quod dux, comes, episcopus, vel alius dominus ecclesiasticus, vel saecularis concedit doctori pro patrocinio, sive consilio, gubernatori domus pro administratione rei oeconomicae. 3. *Feudum cancellariae*, quod conceditur cancellario pro functionibus sui muneris. Quo revocant *feudum advocatitiae*, *vogtey-legen*, et cujuscunque officii publici jure feudi collati.

40

Dividitur 9. in feudum camerae, feudum cavenae, et feudum soldatae. *Feudum camerae*, *cammer-lehen*, datur tunc, quando princeps, vel alius cuidam concedit certam pecuniae summam, percipiendam ex camera concedentis. *Feudum cavenae*, *ruchel-oder rever-lehen*, quando ex cavena, id est, cella, vel horreo principis, vel alterius concedentis in feudum datur in annos singulos certa quantitas frumenti, aut vini. Quodsi concessio haec ex camera, vel cavena nec ex parte dantis, nec ex parte accipientis transeat ad hae-

redem, sed morte vel dantis, vel accipientis finiatur, dicitur *feudum soldatae*. Concessio pecuniae, ut vocant, *gratiosæ, unaden-velt*, quae a principibus, a republ. concedi solet officialibus emeritis, ac eorum viduis, vel pupillis, non est feudum; quia datur ob merita praeterita, et non propter obsequia praestanda, prout in feudo requiritur.

41

Praeter divisiones hactenus relatas, adhuc aliae feudorum supersunt species: quale est 1. *Feudum aulicum*, *dof-lehen*, quo Vasallus obligatur ad aulicum quoddam officium dapiferi, mareschalli etc. 2. *Feudum castrense*, *burg lehen*, quod conceditur ex pacto, ut vasallus teneatur ad defendendum certum castrum. 3. *Feudum pignoratitium*, *afand-legen*, quod conceditur pro certa pecunia, ut a domino redimi possit. 4. *Feudum aperturae*, *die deff-nung*, quod conceditur ea lege, ut vasallus loco servitiorum tempore belli, aut pacis arcem, vel civitatem domino aperire debeat. 5. *Feudum equestre*, *ritter-lehen*, quod consistit in praestandis servitiis equestribus, et in horum recognitionem domino feudi pro relevio praestantur arma equestria, *ein schies-zeig*. 6. *Feudum bursaticum*, *veitl-legen*, quod nulla praestat servitia alia, nisi ut in mutationibus solvatur relevium ex bursa, quod de jure bavarico sunt 5. fl. pro 100. illustr. D. Baro Schmid *ad statut. Bavar. t.* 11. *art.* 4. *n.* 1. 7. *Feudum non jurabile*, quando in investitura remittitur juramentum. Plura de his feudistae: nobis terminos explicasse sufficiat.

§. II.

De objecto feudi, et personis, quae constituere feudum possunt.

SUMMARIUM

42

Quaeritur 1. quaenam res concedi in feudum possint? Resp. Possunt res tantum immobiles, et quae his cohaerent, vel iisdem aequiparantur. Ita habetur *l. 2. feud. tit. 1. in fin.*

In specie feudi susceptivae sunt: 1. res soli, seu fundi, veluti praedium, ager, castrum, comitatus, marchionatus, ducatus etc.

2. Quae solo, vel fundo cohaerent, quod eidem vel infixae sint, vel ita ipsi accedant, ut censeantur esse ipsius pars, ut vineae, arbores, fructus pendentes etc.

3. Servitutes, jurisdictio, et jura alia fundo, in feudum dato debita, ut jus pascendi, venandi, piscandi etc. nam jura immobilibus debita, etiam ipsa inter immobilia computantur.

4. Actiones tam personales, quam reales, quibus persequi licet aliquam rem immobilem, si talia sint, ut iisdem se liberare debitor pecuniae solutione nequeat: secus, si possit; nam hoc si fieret, materia feudi tandem consisteret in pecunia, quod fieri nequit nisi casu, quo pactum accederet, ut ex illa pecunia emerentur immobilia, quae deinde assumerent rationem feudi; Haun. *tom.* 3. *de J. et J. tr.* 9. *n.* 630. *in fin.*

43

5. Annui reditus de camera, vel cavena principis, et alii proventus annui ex re immobili, aut huic aequivalente, v. g. ex societate, vel mensa alicujus nummularii debiti, modo sint perpetui, aut diu duraturi; Zaf. *epitom. feud. p.* 4. *n.* 9. Schrader. *de feud. p.* 3. *c.* 2. *n.* 1. *et c.* 3. *n.* 1.

6. Illa denique mobilia, quae veniunt in consequentiam boni immobilis, et hoc vendito, vel alienato censentur etiam ipsa esse vendita, et alienata, uti est supellex ad fundum colendum necessaria. Imo etiam pecora, et alia animalia, quae habentur in feudo, licet non hoc ipso censeantur alienata, cum fundus alienatus est, aliquo tamen modo cadere possunt sub feudum, non quidem, ut in feudum concedantur primo, et per se, sed ut fundus in feudum concedatur cum ipsis: quo casu vasallus tenetur in locum demortuorum, vel inutilium alia substituere, ut in simili dicitur de usufructuario; alioquin feudo aperto, tenebitur ad aestimationem; Haun. *l. cit. n.* 628.

44

Dub. 1. an feudum constitui in re aliena valeat? Videtur non posse ob textum, *l. 2. feud. tit.* 3. *pr. et* §. 1. ex quo videtur colligi feudum constituendum in re propria. *Sed dicendum*, feudum, in aliena re constitutum, valere eatenus, quatenus, illa re evicta, constituens obligatur, vasallo, si hic fuerit in bona fide, aut rem aliam ejusdem bonitatis concedere, aut pecunias, quibus res alia comparari possit, numerare, prout expresse dicitur *l.* 2. *feud. tit.* 8. *pr. et tit.* 25. Struv. *c.* 6. *aphor.* 9. *n.* 1. *et seqq.* clariss. P. Schmier *de pact. et contract. c.* 2. *n.* 531. cum aliis. Quoad interesse, an id praestandum vasallo sit ab eo, qui rem alienam concessit in feudum, cum laudato P. Schmier *n.* 532. *et* Horn. *jurisprud. feudal. c.* 7. §. 9. distinguo; nam si feudum emptitium sit, locus erit evictioni etiam quoad interesse: at si emptitium non sit, ad interesse praestandum concedens non obligabitur, ne beneficium, quod exhibuit, nimium ipsi damnosum fiat.

45

Dub. 2. an res solo adhaerentes in feudum concedi possint, seorsim a fundo, et hoc excepto? Resp. distinguendo cum Schradero, et Rosenthal, quos sequitur Haun. *tom.* 3. *tract.* 9. *num.* 629. nam si res istae, ut a solo separatae, nullam utilitatem afferunt, aut tantum modici temporis emolumentum continent, non possunt separatim a solo constitui in feudum: et ratio clara est; quia non haberent rationem beneficii. Contra possunt hae res separatim a solo constitui in feudum si seorsim a solo, vel jure soli aliquem usum, aut utilitatem perpetuam, vel ad tempus longum praebeant. *Ex quo sequitur*, in feudum, etiam solo excepto, constitui posse superficiem, usumfructum, aliasque servitutes, arbores item, silvas, vectigalia, jurisdictiones etc.

46

Dub. 3. an investitus de silva etiam jus venandi habeat? Videtur habere; nam etiam investitus de stagno, aut piscina jus piscandi habet: cum quo par ratio videtur esse in jure venandi. Sed reipsa non est par ratio, quia jus venandi jure moderno refertur inter regalia, inter quae jus piscandi non refertur. Hinc cum Schrader. *p.* 3. *cap.* 4. *num.* 47. Struv. *cap.* 6. *aphor.* 11. *num.* 3. Horn. *cap.* 7. §. 18. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *cap.* 4. *quaest.* 6. clariss. P. Schmier *cap.* 2. *de pact. et contr. num.* 534. tenenda est sententia negativa; quia nostris moribus jus venandi non specialiter cohaeret silvae, quin separari a dominio utili ejusdem possit, et defacto regulariter separetur. Et hinc, nisi expresse ita constitum sit, ut cum silva concessa in feudum etiam transfertur jus venandi, per concessionem silvae in feudum censebitur duntaxat concessum jus lignandi, et alia, excepto venandi jure.

47

Dub. 4. an castro in feudum dato, etiam territorium totum censeatur datum in feudum? Resp. distinguendo, an concedatur in feudum a principe, an a privato. *Si a principe*, in arbitrio ipsius est, an illud dare velit cum, vel sine territorio; nam etiam sine hoc dari potest, quod castrum non semper sit corpus involvens territorium, sed aliquando duntaxat consideretur ut casa alta sine territorio; Gaill. *l.* 2. *obs.* 62. *num.* 1. *Si a privato*, communissima sententia est, teste Haun. *tom.* 3. *de J. et J. tract.* 9. *num.* 635. etiam territorium censeri concessum in feudum; quia castrum est caput territorii, et cum hoc connexum: non potest autem privatus, sine consensu principis, sejungere castrum a territorio: ergo etc.

48

Dub. 5. utrum integro territorio in feudum concesso, transeat etiam jurisdictio, seu superioritas territorialis? Resp. Affirmative; *arg. textuum l.* 1. *feud. tit.* 14. *et l.* 2. *tit.* 55. Horn. *c.* 8. §. 12. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg. *c.* 4. *qu.* 3. clariss. P. Schmier *cap.* 2. *de pact. et contract. num.* 537. Ratio est, quia jurisdictio, seu superioritas territorialis territorio cohaeret: sicque ad quemcunque territorii possessorem transit, ita tamen, ut dominium jurisdictionis directe maneat penes concedentem, utilitas vero transeat in accipientem. Aliud est, si jurisdictio non sit annexa castro, sed competat personae, aut officio, quod gerit persona; tum enim si personae competat ratione sui, exspirat cum persona; si ratione officii, quod gerit, transit cum officio ad illum, ad quem transit officium.

49

Quaeritur 2. quaenam personae constituere feudum possint? *Et* 1. *quidem dubitatur,* an etiam privati, plebeii, et rustici in bonis suis constituere feudum possint? *Rationem dubitandi* suggerit 1. textus; *l.* 1. *feud. tit.* 1. *princ. et tit.* 7. item *l.* 2. *feud. tit.* 10. ubi certae personae enumerantur, quibus feuda dare licitum, nec tamen plebejorum fit mentio: 2. per feudi concessionem acquiritur concedenti quaedam jurisdictio in vasallum quoad causas feudales, ut habetur *l.* 2. *feud. tit.* 55. §. *insuper* 2. *vers. praeterea*: sed jurisdictio competere non potest plebejo, et rustico, cum sit munus publicum; *l. privatorum* 3. *C. de jurisd.* 3. vasallum habere est quaedam dignitas; nam vasallus domino debet *reverentiam*, *et se erga illum habere devote*, *et benigne*, ut habetur *l.* 2. *feud. tit.* 22. *et* 23. sed rustico non competit dignitas: ergo etc. 4. vasallus tenetur dominum defendere armis, et vicissim dominus vasallum; *l.* 2. *feud. tit.* 6. sed rusticis interdictum est armis; *l.* 2. *cit. tit.* 27. §. 5.

50

Sed distinguendum est inter tempora. Antiquitus feuda contulerunt solus imperator, rex, et qui magistratum creandi, et bellum gerendi potestatem habent. Corvin; *jur. feudal. tit.* 4. *pr.* cum tempore tamen etiam alii res suas infeudandi potestatem obtinuerunt. Nunc ii omnes, qui rerum suarum allodialium administrationem habent, eas infeudare, imo etiam in feudum acceptas subinfeudare possunt; *l.* 2. *feud. tit.* 3. *pr. Proceditque hoc* non tantum de maribus, sed etiam de foeminis; *tit.* 3. *cit. vers. foeminam quoque;* nisi impudice, et luxuriose vivant, bonaque sua dilapident; Zaf. *in epitom. de feud. p.* 5. *num.* 33. Schrader *de feud. p.* 2. *cap.* 1. *num.* 59. Struv. *synt. jur. feud. cap.* 5. *aphor.* 3. *num.* 3. *et* 4. Horn. *cap.* 5. §. 13. Haun.

tom. 3. *de J. et J. tract.* 9. *num.* 644. magnif. D. Christoph de Chlingensperg *cap.* 3. *de feud. quaest.* 1. P. Vviest. *hic num.* 18. clariss. P. Schmier *cap.* 2. *de pact. num.* 513. *et seqq.* et alii *arg. l. et mulieri* 15. *ff. de curat. furios.*

51

Neque contrarium probant argumenta in ratione dubitandi allata. *Ad* 1. non fuit ibi Ictorum propositum omnes personas habiles recensere, cum nulla ibi mentio fiat summi pontificis, regis etc. et si fuisset eorum mens plebejos a concessione feudi excludere, textus illi fuissent correcti per *tit.* 3. *l.* 2. *feud.* et ostendit correctionem ratio; nam vasalli minimi (qui plebeii sunt; *l.* 2. *feud. tit.* 10. *vers. ceteri*) feudum, quod ab alio tenent, alii rursum in feudum dare possunt: igitur nec arcebuntur a dandis in feudum bonis propriis. *Ad* 2. Rusticus, et plebejus capaces jurisdictionis non sunt, quae competat jure magistratus, capaces vero ejusdem, si competat jure feudi, cum vers. *praeterea cit.* cognitio causarum feudalium domino feudi adjudicetur indistincte. *Ad* 3. non immerito dominus a vasallo honorem, et reverentiam exigit, cum beneficium contulerit. Dignitas, quae acquiritur concessione feudi, non arcet plebejum a subinfeudando; igitur neque ab infeudando. *Ad* 4. dum dicitur, quod dominus vasallum suum armis obligetur defendere, de eo domino intelligi debet, qui bellum movere potest, qualis non est plebejus.

52

Dub. 2. an minores bona sua dare possint in feudum? Resp. distinguendo: vel enim agitur de concedendo feudo novo, vel de renovando veteri. *Primum* minor sine authoritate tutoris, vel curatoris, et judicis decreto non potest; ob defectum administrationis. Si tamen hoc faceret, contractus claudicaret; h. e. vasallus quidem resilire non posset, minor tamen posset, si vellet, aetate legitima superveniente, investituram confirmare; *arg. l. Julianus* 13. §. *siquis* 29. *ff. action. empt.* Haun. *tom.* 3. *tract.* 9. *n.* 645. *Posterius* etiam absque authoritate tutoris, vel curatoris potest; quia talis renovatio non est alienatio, sed veteris concessionis necessaria continuatio, ut adeo non sit periculum, ne minor in tali renovatione damnificetur; Haun. *n.* 645. *cit. vers. possunt*; Gonz. *in cap. fin. h. tit. n.* 12.

53

Dices: juxta *l. obligari* 9. §. *pupillus* 1. *ff. de author. tutor. pupillus ex omnibus causis, solvendo sine tutoris authoritate, nihil agit, quia nullum dominium transferre potest*; atqui investitura facta illi, cui debetur, est quasi solutio: ergo sine tutoris authoritate non valet. Respondet cum Giphanio Haunold. *l. cit.* textum loqui

de solutione pecuniae, circa quam nulla vertitur utilitas; deinde transfertur ibi dominium directum: at in casu nostro vertitur magna utilitas minoris, nempe quia a vasallo exspectantur auxilia, et servitia; deinde dominium directum non transfertur.

54

Dub. 3. an filiusfam. de suis bonis possit facere feuda? Resp. cum distinctione: nam de *peculio castrensi*, *et quasi castrensi* potest; quia dominium illius, et administrationem habet: de *peculio profectitio* non potest; quia nec proprietas, nec ususfructus ex eo ad filiumf. pertinet: in *peculio adventitio* altera distinctio est adhibenda; nam si *regulare* sit, sicut sine consensu patris alienare, ita sine illo in feudum dare illud nequit. At si *irregulare* sit, potest, cum etiam ususfructus illius fit filiif. per textum, et DD. *in l. patet* 15. §. *si stipulanti* 1. *ff. de castrens. pecul. l. fin.* §. *ipsum autem* 5. *C. de bonis*, *quae liberis etc. et novell.* 117. *cap.* 1. Ratio, quare de adventitio regulari filiusf. sine consensu patris non possit disponere, aut feudum in illo constituere, est, ne juvenili calore, et inconsiderantia ductus, facile patrimonium dispergat, et postea tristem exitum sentiat. Hinc quoad filiumf. disceditur a communi regula, qua alias proprietarius sine consensu usufructuarii rem alienare potest; magnif. D. Christoph. de Chlingensperg. *cap.* 3. *de feud. quaest.* 3.

55

Dub. 4. utrum imperator bona, ad imperium immediate spectantia, in feudum possit concedere? Resp. posse; si tamen ex feudis regalibus, et majoribus (*so etvvas merchliches eintragen, als Firstentumber*, *Grufſchafften*, *Stett und dergleichen*) apertum fiat, in feudum illa dare, aut eo nomine gratias exspectativas concedere sine consensu electorum nequit, sed hujusmodi feudi ita aperti reditus in communes imperii usus applicare tenetur, juxta varias capitulationes, praesertim novissimas augustissimi Leopoldi I. *art.* 30. augustissimi Josephi *art.* 29. et augustissimi Caroli *art.* 11. Excipiuntur electoratus vacantes, nam hi necessario rursus in feudum conferri debent, ne numerus electorum minuatur, et publica laedatur incolumitas; Arumn. *ad aur. bull. disc.* 4. *cap.* 7. *th.* 17. Schrader. *de feud. p.* 4. *cap.* 1. *n.* 7. Struv. *cap.* 5. *aphor.* 6. *n.* 2. Horn. *cap.* 5. §. 10. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg. *cap.* 3. *cit. quaest.* 4. clariss. P. Schmier *cap.* 2. *de pact. et contr. n.* 508. et patet ex *bull. aur. tit.* 7. §. 5. ibi, *de ipso providere debebit*, *et poterit etc.*

56

Quaeritur 3. an, et in quibus bonis feuda possint constituere clerici? Resp. Hic distinguendum est inter bona ipsorum clericorum patrimonialia, vel quasi patrimonialia, et inter bona ecclesiae, quam administrant. *De bonis patrimonialibus*; vel *quasi patrimonialibus* certum est, quod constituere in iisdem feudum possint, ut patet ex *l.* 2. *feud. tit.* 35. et ratio demonstrat; quoad haec enim clerici idem jus retinent, quod in illa habebant, antequam fierent clerici; Haun. *tom.* 3. *tract.* 9. *n.* 648.

Bona, et res ecclesiae duplicis generis sunt; nam aliquae sunt *sacrae, religiosae, et spirituales*: et de his iterum certum est, quod sicut alienari nequeunt, ita neque in feudum dari possint, cum sint commercio hominum exemptae, et in nullius bonis existant; *arg. l. pacta* 72. *et l. seq. ff. de contrah. empt.*

57

Aliae contra sunt *temporales*, ad ecclesiae fabricam, mensam praelati, et aliorum ejusdem ministrorum destinatae: et hae, ut licite, et valide in feudum dentur, adhiberi debent solemnitates juris, quae alias ad alienationem rerum ecclesiasticarum requiruntur; alias constitutio feudi in tali re non valebit; *l.* 1. *feud. tit.* 6. *princ. Proceditque hoc*, etsi praelatus ipse ejusmodi bona ex reditibus ecclesiasticis de novo ipsi ecclesiae acquisiverit, ut ex communi Zas. *in epitom. p.* 5. *n.* 13. Rosenthal. *cap.* 4. *concl.* 5. *n.* 2. Laym. *de alien. rer. eccl.* §. 5. *de feud. n.* 92. Pirh. *hic n.* 5. et alii docent. Et intelligendum hoc est etiam de subinfeudatione, ut cum *cit.* notat P. Vviest. *hic n.* 20. *Ratio est*, quia res ecclesiae sine dictis solemnitatibus ne quidem locari possunt ad longum tempus, ut dictum est *tit.* 18. *n.* 28. quia locatio est quaedam alienatio: atqui infeudatio est magis proprie dicta alienatio, quam locatio, plusque damni exinde nasci ecclesiae potest, quam per locationem: ergo a fortiori nec infeudari, vel subinfeudari regulariter haec bona sine solemnitatibus juris poterunt.

58

Dixi *regulariter*; excipitur enim 1. si infeudatio haec fiat a summo pont. quia hic, cum legislator sit, non ligatur solemnitatibus introductis a jure canonico: hinc etsi non possit infeudare bona ecclesiastica licite sine justa causa, potest tam licite, quam valide sine dictis solemnitatibus; quia hae per authoritatem ipsius supplentur, ut dictum est *tit.* 13. *n.* 117. *in fin.*

Excipiuntur 2. res modicae, h. e. exigui valoris; nam istas praelatus pontifice inferior sine solemnitatibus juris alienare potest

can. terrulas 53. *caus.* 12. *quaest.* 2. et dictum est *tit.* 13. *cit. n.* 39. ergo multo magis sine iisdem infeudare.

Excipiuntur 3. res aliae ecclesiae in feudum dari solitae; has enim, si ad ecclesiam reversae fuerint, praelatus, ubi expedire hoc judicaverit, denuo in feudum absque dictis solemnitatibus dare potest, etiam non obstante juramento, quod praelati faciunt de non alienandis ecclesiae suae rebus, prout habetur *cap. fin. vers. in primo h. tit. et l.* 1. *feud. tit.* 1. *princ.* Ratio est, quia talis infeudatio non censetur nova infeudatio, vel alienatio proprie dicta, sed potius antiquae alienationis, et infeudationis quaedam executio: hoc ipso enim, quod concessio rei in feudum decreta sit cum consensu capituli, et authoritate apostolica, decreto illo etiam ordinatum censetur, ut imposterum res illa, ubi ad ecclesiam reversa fuerit, in feudum denuo concedatur, et alienatio continuetur.

59

Dub. 1. quando censeri debeant res ecclesiae infeudari solitae ad effectum, ut possint etiam sine solemnitatibus iterum infeudari? Non conveniunt DD. nam aliqui volunt unam duntaxat solemnem talis rei infeudationem sufficere, alii plures exigunt; alii petunt, ut saltem a tempore longissimo, vel immemoriali in feudum concessa fuerit.

Videntur opiniones istae conciliari per distinctionem posse. Vel enim constat, quod res, de qua infeudanda agitur, aliquando legitime infeudata fuerit, vel dubium est, an praecesserit talis concessio.

Si primum, tametsi post breve tempus ad ecclesiam revertatur, rursum infeudari poterit absque solemnitate, prout *in c. ut super* 8. *de reb. eccl. non alien.* docet Abb. *n.* 11. et cum eo praecipue in jure feudali DD. Sumitur ex *c. fin. h. tit.* ubi Innocentius III. iteratam concessionem feudi, ad ecclesiam reversi, permittit libere, *si expedire videbitur*, sine ulla mentione temporis, quo facta sit prima concessio, aut numeri, quoties facta sit, non obscuro indicio, quod sufficiat rem etiam semel duntaxat fuisse legitime infeudatam, ut iterum infeudari possit, neque tunc requiri aut certum tempus, aut solemnitates alias.

Si secundum, exigetur, ut 40. saltem annis in feudum res illa concessa sit, ut recte Everhard. *vol.* 2. *cons.* 19. *n.* 16. cum aliis: et ratio est, quia ex tanto tempore, non vero antea praesumuntur solemnitates intervenisse, et rite omnia fuisse acta, nisi de contrario constet, vel alia quaepiam praesumptio stet in contrarium, quae illam alteram praesumptionem ex lapsu 40. annorum desumpta enervet, vel eidem aequipolleat.

60

Dub. 2. an absolute, et in omni casu concessum sit res, ab antiquo infeudari solitas, absque solemnitatibus juris denuo infeudare? Resp. in quibusdam casibus concessum non esse ; nam 1. excipitur, si bona illa, postquam ad ecclesiam reversa sunt, mensae ecclesiae incorporata fuerint ; tunc enim cessant esse feudalia, quia dominium utile consolidatur cum directo : 2. si mutato rerum statu, non amplius videatur expedire, ut res hujusmodi de novo concedantur in feudum. Colligitur ex *c. fin. h. tit.* ibi, *si viderit expedire*: igitur si non expediat, in feudum dari non poterunt. 3. si sit specialis consuetudo alicujus ecclesiae, ut conventio inter praelatum, et capitulum, ut renovatio feudorum ad ecclesiam reversorum fiat cum consensu capituli ; tunc enim ea observanda est, quia consuetudo est instar legis, et contractus ex voluntate contrahentium legem accipiunt. 4. si res feudalis ad ecclesiam reversa communiter pertineat ad praelatum, et capitulum ; tunc enim reinfeudari non potest absque consensu capituli. 5. si laicis infeudatae sint decimae ; et postliminio ad ecclesiam reversae ; nam istae probabilius iisdem denuo infeudari non possunt, nisi a summo pont. quia post concil. Lateran. sub Innoc. III. celebratum huic solum concessum est eas infeudare *juxta cap. cum. apostolica* 7. *de his, quæ a prælat. et cap. statuto* 2. §. *sane de decim in* 6.

61

Dub. 3. utrum res feudales, ad ecclesiam reversas, capitulum sede vacante denuo infeudare possit? *Ratio dubitandi est*, quia infeudatio est quaedam species alienationis, et liberalitatis ; haec autem capitulo, sede vacante, de rebus ecclesiae non est permissa, juxta dicta *tit.* 9. *num.* 50.

Complanari difficultas haec ope distinctionis potest ; vel enim res illae ad solum episcopum, seu praelatum spectant, vel ad solum capitulum, vel sunt bona utrique, capitulo sc. et praelato, communia. *Si primum*, capitulum, sede vacante, ejusmodi bona infeudare non potest, sed exspectandum est usque ad novi episcopi, vel praelati electionem, et confirmationem ; quia capitulum, sede vacante, episcopo, vel praelato succedit tantum in administratione, et jurisdictione necessaria, non vero etiam in voluntaria, et in iis quae sunt liberalitatis, et gratiae, cujusmodi est feudum ad ecclesiam reversum de novo infeudare. *Si secundum*, et res in feudum dari solita spectet ad solum capitulum, istud, sede etiam non vacante, hujusmodi rem iterum infeudare potest, neque opus est consensu praelati, et aliis solemnitatibus alias de jure requisitis, quia capitulum plenam istarum rerum administrationem habet. *Si tertium*, et ejusmodi res, ac bona feudalia praelato, et capitulo communia

sint duplex est sententia ; una affirmantium, eo casu potestatem infeudandi hujusmodi bona competere capitulo sede vacante ; altera eam potestatem negantium : et haec probabilior est ; quia nuspiam legitur, quod dispositio de hisce bonis sit concessa capitulo.

Ex his patet ad *rationem dubitandi* ; quia capitulo, sede vacante, solum interdicta est alienatio illorum bonorum, quorum ipsum administrationem plenam non habet.

62

Dub. 4. quomodo praelatus rem feudalem, ad ecclesiam reversam, denuo infeudare possit ? Resp. Debet in hoc servare modum infeudationis prius decretae, aut ab antiquo fieri solitae, ita, ut nova concessio non sit damnosa, nec minus utilis ecclesiae. Et hinc 1. irrita saltem, quoad excessum, foret, si res, antea concessa in feudum temporale concederetur in feudum perpetuum. 2. si ante concessa pro masculis, vel consanguineis tantum, nunc porrigeretur ad extraneos, aut foeminas. 3. si concessa minus potenti transferretur in potentiorem.

Quorum omnium ratio est ; quia sic concedendo immutaret modum primae concessionis ; modum autem primae concessionis immutare sine solemnitatibus a jure praescriptis non potest, ut a rota iterato, et a camera imperiali toties judicatum testantur Tambur. *tom.* 3. *de jur. abb. d.* 14. *quaest.* 7. *num.* 2. *in fin.* et Rosental. *cap.* 4. *concl.* 37. *num.* 1. Accedit specialis ratio pro tertio casu; quia transferendo in potentiorem praelatus conditionem ecclesiae difficiliorem redderet, quippe a quo tam facile amplius recuperare feudum non possit ecclesia.

63

Excipitur, si vasallus feudum, a se ad ecclesiam devolutum, nollet dimittere, et ecclesia ob potentiam ipsius illum ad dimittendum feudum non posset cogere ; tunc enim id alicui potentiori, qui recuperare illud a priore vasallo posset, etiam non adhibitis solemnitatibus, concedere praelatus posset, prout *cap. fin. h. tit. ad* 3. *quaesitum* respondit pontifex. *Ratio est*, quia ecclesiae melius, et utilius est habere vasallum, qui feudum ab ipsa acceptum recognoscat, quam alium, qui minus quidem sit potens, directum tamen dominium eidem negat.

Porro, quae hactenus dicta sunt de bonis ecclesiae infeudari solitis, applicari cum proportione debent, et possunt quaestioni, qua quaeritur, an, et quomodo bona ecclesiae emphyteuticari solita denuo in emphyteusin a praelatis ecclesiae concedi possint ?

64

Quaeritur 4. an praelatus infeudationem rei feudalis promittere in casum apertionis possit? *Ratio dubitandi est*, quia est promissio de successione viventis, sc. de concedenda investitura feudi ab alio adhuc possessi, atqui hujusmodi promissio nullam vim obligandi habet, cum ansam praebeat captandae, vel optandae mortis alienae. *Conf.* quia ob ejusmodi occasionem datam jure canonico *cap. qui in vivorum* 1. *et duob. seqq. de concess. praebend. non vac. et cap. detestanda* 2. *eod in* 6. irritatae sunt collationes, ac promissiones, beneficiorum non vacantium; civili autem *l. stipulatio* 61. *ff. de O.* et *A.* et *l. fin. C. de pact.* reprobantur pactiones initae de successione, et haereditate viventis.

65

Verum his non obstantibus, respondendum est affirmative. Patet ex *l. feud. tit.* 3. *vers. sed et illa*, *l.* 2. *tit.* 26. §. *moribus* 2. *vers. nisi tibi*, *et tit.* 35. *vers. ubi vero*, quibus textibus diserte habetur, quod ejusmodi promissio subsistat, eamque sic promittens, aperto feudo implere debeat. Accedit ratio; quia *cap. fin. h. tit. vers. in primo.* praelato conceditur facultas res, in feudum concessas, et ad ecclesiam reversas, libere reinfeudandi. Igitur hoc ipso etiam concessa facultas censetur investituram promittendi alteri in casum apertionis ejusdem, si haec, durante administratione sua eveniat; quia regulariter, quae jure concedi possunt, etiam promitti possunt in casum, quo possunt concedi, nisi promissio specialiter prohibita sit.

66

Ad rationem dubitandi, ejusmodi promissione non per se, sed praeter intentionem promittentis praecise per accidens datur occasio captandae, vel optandae mortis alterius: quod si irritam promissionem faceret, etiam irritas faceret substitutiones, fideicommissa, et alios contractus in eventum mortis alterius initos. *Ad conf.* negatur paritas; nam de promissione beneficii non vacantis, et pactione de haereditate viventis specialis in jure extat prohibitio, nulla autem ejusmodi prohibitio habetur de promissione investiturae in casum apertionis. *Neque obstat*, quod eadem sit in utroque ratio; quia versamur in materia odiosa, ubi a paritate rationis argumentum non valet.

67

Dub. 1. utrum si antecessor praelatus feudum promisit alteri in casum apertionis ejusdem, sed illo mortuo primum aperiatur feudum, promissione hac adstringatur ejusdem successor? *Videtur adstringi*;

nam etiam casu, quo dominus feudi laicus promissionem ejusmodi fecit, ejus promissionis obligatio ad haeredes ejusdem transit.

Sed tenenda est negativa sententia, prout clare habetur *l.* 1. *feud. tit.* 3. *pr. et l.* 2. *tit.* 26. §. *moribus* 2. *vers. secus est, et tit.* 35. *vers. cumque.* Ratio est quia praelati, cum rerum, ad ecclesias sibi commissas pertinentium, non domini, sed procuratores duntaxat sint, rerum praesentium tantum, et dum vivunt, emergentium administrationem, ac dispositionem habent, non futurarum, et post mortem suam gerendarum; proinde successorum suorum administrationi praejudicare non possunt: quod fieret, si de feudo, post mortem suam ad ecclesiam, vel monasterium reversuro, possent disponere.

Neque est paritas cum dominis feudorum laicis; quia successor in praelatura dignitatem suam non hereditario, et a defuncto accepto jure sed jure electionis, vel postulationis etc. a superiore consequitur; is autem, qui nullam ab antecessore causam habet, ejusmodi factum praestare, et promissionem implere non tenetur; ergo etc.

68

Dub. 2. an successor talis teneatur hujusmodi promissione antecessoris saltem casu, quo illa cum capituli consensu facta est? *Videtur* respondendum negative ob textus ex jure feudali *num. praeced.* allegatos, qui generaliter negant successores teneri ad implendas promissiones, quas antecessores eorum praelati fecerunt de feudis nondum apertis, neque distinguunt, an cum, vel sine capituli consensu factae sint.

Sed adhuc dicendum, successorem obligari hujusmodi promissione. Ita Matth. de afflict. Joan. de Anania, Vultejus etc. quos citat, et sequitur Rosenthal *cap.* 6. *concil.* 16. *num.* 7. Ratio est, quia pactiones, promissiones etc. quae a praelato cum capituli consensu fiunt, censentur factae ab ipsa ecclesia, vel monasterio, utpote cujus personam simul repraesentant; ecclesia autem, vel monasterium tenetur stare pactionibus, aliisque suis actibus, ne datam fidem fallere, et secum paciscentes fraudare videatur. ergo etc. *Conf.* quia successor in praelatura non teneretur implere promissionem ecclesiae, nemo facile cum ecclesia, vel ejus praelato, et capitulo vellet contrahere, quod cederet in maximum damnum ipsius ecclesiae.

Neque obstat textum *cit.* generalitas; nam ratio, et authoritas DD. maxima eam restringi jubet ad promissiones feudi, a praelato sine capituli consensu factas. *Ad conf.* disparitas patet ex dictis; quia promissio, a praelato sine capituli consensu facta, non censetur esse promissio ipsius ecclesiae, qualis tamen censetur illa, quae facta est ab eodem cum consensu capituli.

69

Dub. 3. an promissio investiturae in casum aperitionis fieri possit etiam casu, quo possessor feudi liberos habet, ut adeo spes consolidationis tam propinqua non sit? *Videtur* tenenda negativa. 1. quia dominus solum potest hujusmodi infeudationem promittere de feudo, quod ad dominum reverti speratur. Sed tale feudum, cujus possessor liberos habet, non speratur ad dominum reverti: ergo etc. 2. nullum oritur jus ex tali exspectativa conditionali. 3. si jus aliquod oriretur, transiret ad haeredes promissarii, et in haeredes promittentis.

Sed respondendum est affirmative. Patet ex *l.* 2. *feud. tit.* 35. ubi generaliter, et non attento hoc, an vasallus liberos habeat, nec ne, cautum est, ut vivente feudi possessore alius sub conditione, et tempore, quo feudum aperiatur, investiri a domino possit.

Neque contrarium probant rationes dubitandi allatae. *Ad* 1. sufficit, quod ejusmodi feudum in casu possibili, et qui humanitus aliquando, ac facile potest contingere, conditio impleri possit: et talis est conditio aperturae, etsi praesens possessor feudi liberos habeat; nam et hi mori possunt. *Ad* 2. ex tali exspectativa conditionali oritur jus ad rem, et actio personalis, qua dominus ita obligatur, ut si facultatem rei tradendae habeat, praecise ad feudum tradendum teneatur, nec praestando interesse liberetur. *Ad* 3. Exspectativa haec transit ad haeredes promissarii; quia his dominus vi promissionis obligatus, non secus, ac ipsi promissario; *l.* 1. *feud. tit.* 9. et in haeredes promittentis; quia etiam hi exspectativam servare teneantur, modo non adjiciatur expressa restrictio ad solam personam promittentis.

70

Quaeritur 5. an possit aliquis sibi ipsi in re sua constituere feudum? Resp. Affirmative: quod fieri potest, siquis allodialia sua bona transferat in alterum, et ab ipso in feudum recipiat; vel cum quis rem suam propriam dicit, et recognoscit se ab aliquo feudi nomine possidere: quod olim in Germania nostra usitatum fuisse apud nobiles, antiqua investiturarum instrumenta comprobant: atque hoc ea ratione, ut in potentioris alicujus tutelam, defensionem, et protectionem transirent; Menoch. *l.* 3. *praesumpt.* 91. *n.* 44. Schrader *tract. feud. p.* 5. *cap.* 5. *n.* 3. Rhosenthal. *de feud. cap.* 2. *concl.* 24. *n.* 1. Gail. *l.* 2. *obs.* 158. *n.* 1. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg. *de feud. cap.* 3. *quest.* 8. Effectum talis constitutio istum habet, quod per eam res allodialis veri feudi naturam induat, et feudum novum constituatur, in quo proinde, nisi specialiter hoc aga-

tur, foeminae non succedunt. Zas. *epitom. p.* 3. *de feud. n.* 8. *in fin.* Schrader *p.* 5. *cap.* 3. *n.* 93. Rosenthal. *cap.* 2. *concl.* 48. *n.* 28.

§. III.

De subjecto feudi, et modis hoc acquirendi.

SUMMARIUM

71 *Feudi recipiendi capax est foemina.*
72 *Filius familias.*
73 *Minor, etiam sine authoritate curatoris.*
74 *Pupillus, saltem interveniente authoritate tutoris.*
75 *Furiosus, prodigus, et imperfectus corpore.*
76 *Servus, communitas etc.*
77 *An clerici feudorum capaces sint? Argumenta sententiae negativae.*
78 *Propugnatur sententia affirmans.*
79 *Respondetur ad argumenta opposita.*
80 *An feudorum laicalium sint capaces etiam regulares professi?*
81 *Assertiva propugnatur.*
82 *Si feudum servitium incompatibile nullum exigat.*
83 *Solvuntur opposita.*
84 *An milites ordinum equestrium capaces sint feudi proprii?*
85 *Deciditur pro negativa.*
86 *An, et quomodo feudum acquirere possit episcopus regularis?*
87 *Quodnam feudum dici debeat incompatibile?*
88 *Quid dicendum de constitutis in ordine minori?*
89 *Modi, quibus acquiritur feudum.*
90 *Inter hos unus est investitura.*
91 *Hujus definitio, et divisio in propriam, et abusivam.*
92 *Solemnitas investiturae consistit in forma verborum, et testificatione solemni.*
93 *Quod fit vel per testes,*
94 *Vel per breve testatum.*
95 *Quomodo fieri investitura possit?*
96 *An certa pacta eidem adjici?*
97 *Quid utilitatis habeat, si in investitura dicatur feudum concedi propter merita praestita?*
98 *A quo petenda investitura sit, si vasallus ignoret dominum feudi?*

71

Quaeritur 1. quibus personis concedi feudum possit? Resp. Regula generalis est, quod feudi accipiendi sit capax omnis ille, qui expresse non prohibetur; nam *personam investituram accipientis non distinguimus*, ut dicitur *l.* 2. *feud. tit.* 3. §. 1. *vers. personam.* Hinc

1. Feudum accipere potest etiam *foemina. Neque obstat*, quod foeminae ad militiam aptae non sint: quia etsi secundum primaevam feudorum naturam, et originem ii tantum capaces feudorum fuerint, qui sunt idonei ad militiam, successu tamen temporis a rigore isto recessum est, et hoc ipso ab eo recedere censetur domi-

nus, quod in feudo investiat foeminam; censetur enim tacite admittere, ut servitia, quae ipsa expedire nequit, per substitutum praestet; Haun. *tom.* 3. *de J. et J. tract.* 9. *n.* 651. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *de feud. cap.* 3. *quaest.* 10. clariss. P. Schmier *cap.* 2. *de pact. et contr. n.* 523.

72

2. *Filius familias*; quia nullo jure feudi recipiendi factus est incapax. Ubi inter bona ipsius feudalia, et adventitia ejusdem hoc discrimen interjacet, quod in his ususfructus competat patri, non vero in feudalibus, prout Vult. *l.* 1. *cap.* 4. *n.* 8. Borchold. *cap.* 5. *n.* 48. Haun. *tract.* 9. *cit. n.* 652. magnif. D. Christophor. de Chlingensperg. *cap.* 3. *cit. quaest.* 13. cum aliis notant. Ratio multiplex est. 1. quia feuda habent naturam bonorum castrensium, vel quasi, ut Struv. *synt. feud. cap.* 5. *aphor. ult. n.* 4. Vvesenbec. *de feud. cap.* 5. *n.* 4. et alii notant. Igitur sicut castrensium, et quasi usumfructum filiusf. habet, ita etiam feudalium. 2. possunt filiof. etiam bona adventitia ea lege ab extraneo dari, ut ususfructus eorum non ad patrem, sed ad filium spectet. Igitur etiam feudum: censetur autem ea lege dominus dedisse feudum filio, ut usufructus spectaret ad ipsum; quia ipsi, non patri feudum concedens benefacere voluit. 3. naturaliter inest feudo, ut is lucretur fructus, qui investitus est; alias non beneficium, sed onus imponeretur praecise, si tanquam vasallus praestare deberet servitia, et fructibus feudi gaudere non posset. Censetur autem feudum collatum secundum naturam feudi: ergo etc.

73

3. *Minor*: Neque ad hoc opus est, ut accedat authoritas curatoris; et procedit istud non tantum quoad favores, quos feudum vasallo affert, sed etiam quoad obligationem ad servitia personalia; nam ad haec ut obligare se possit, minor curatoris sui authoritate non indiget: cujus ratio est, quia curator rebus tantum minoris datur, non autem personae, ut proinde minor in iis, quae personam concernunt, a curatore suo non dependeat, ut communiter notant DD. *in l. puberes* 101. *ff. de V. O. et l. obligari* 43. *ff. de O. et A.* Praestat vero minor servitia haec per substitutum; *l.* 2. *feud. tit.* 26. §. 5.

74

4. *Pupillus*: ubi tamen interest, an feudum recipiat cum, vel sine authoritate tutoris. Cum authoritate tutoris sui si feudum recipiat, contractus cum eo initus ex utraque parte reciprocam obligationem inducit, ita, ut obligetur eo non tantum dominus directus pupillo, sed etiam pupillus ipsi. Juramentum tamen fidelitatis differ-

tur, usque dum ad illud praestandum fiat habilis; Schrader. *p.* 4. *c.* 3. *n.* 4. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg. *c.* 3. *de feud. qu.* 11. Quodsi feudum recipiat sine tutoris sui authoritate, instar aliorum contractuum cum pupillo initorum claudicat, ita, ut pupillus quidem feudi utilitatem percipiat, cons. dominus eidem obligetur, non vero ipse, quamdiu minor est, obligetur domino, nisi major factus contractum ratificet; Haun. *tom.* 3. *de J. et J. tract.* 9. *n.* 651. *vers. quoad illas personas.* Ratio est, quia pupillus sine authoritate tutoris contrahens conditionem suam meliorem quidem, non tamen deteriorem potest efficere; *pr. inst. de auth. tutor.*

75

5. *Furiosus*, *prodigus*, *surdus*, *mutus*, *et caecus.* Rosenthal. *cap.* 3. *concl.* 8. Haun. *n.* 653. magnific. D. Christoph. de Chlingensperg. *quaest.* 12. et sumitur ex *l.* 2. *feud. tit.* 36. ibi, *mutus*, *et surdus*, *caecus*, *claudus, vel aliter imperfectus*, *etiamsi sic natus fuerit*, *totum feudum parentum retinebit.* Neque obstat, etsi ad servitia, vi feudi praestanda, vel omnino existant inhabiles, vel saltem ob defectum non satis idonei; quia aut feudum tale antiquum, aut novum est: si antiquum, personae istae in eo succedunt jure consuetudinario, et vi primi contractus; si novum, hoc ipso, quod dominus his personis constituat feudum, si scivit tali defectu illas laborare, praesumitur hanc gratiam ipsis fecisse, ut per substitutum possint servire; Vult. *cap.* 4. *n.* 11. Struv. *cap.* 5. *aphor.* 14. clariss. P. Schmier *cap.* 2. *de pact. et contr. n.* 525. cum *cit.*

76

6. *Servus*: huic tamen si dominus proprium feudum dat, facit eum liberum, non secus, ac quando eum haeredem instituit, nisi hoc ignorans esse servum fecisset; Haun. *n.* 651.

7. *Communitas*: istae tamen plerumque investituram accipiunt per quasi vasallos, *lehentrager*, quorum morte renovatio investiturae petenda est; Horn. *cap.* 5. § 33. P. Schmier *n.* 527.

Ex quo sequitur, omnes fere homines feudorum recipiendorum capaces esse, si non sint haeretici, apostatae, excommunicati, banniti, rei criminis laesae majestatis, aut horum filii, de alio publico crimine damnati, vel tales, qui quocunque ex capite honeste in curia domini stare non possunt; nam hi feuda accipere prohibentur; Borcholt. *de feud. cap.* 5. *ad fin.* Rosenthal. *cap.* 3. *concl.* 23. Horn. *cap.* 5. §. 36. Scamb. *de feud. tit.* 7. *n.* 16. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *cap.* 3. *q.* 15. Konig. *hic n.* 32. et sumitur ex *l.* 2. *feud. tit.* 37. inter sic prohibitos iidem DD. referunt etiam infames, et natos ex incestis; aut nefariis nuptiis. Haere-

tici in Germania, quia publice tolerantur, ideo etiam ad feuda recipienda capaces sunt redditi.

77

Quaeritur 2. an ecclesiastici possint accipere feudum, et tanquam vasalli saeculari cuidam principi obligari? In negativam inclinat Zas. *p.* 5. *n.* 72. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *cap.* 24. *n.* 10. *vers. quarto*, Minsing. *cent.* 5. *obs.* 48. et colorare eandem videntur. 1. speciosi textus *l.* 2. *feud. tit.* 21. *tit.* 26. §. *siquis* 4. *vers. qui clericus tit.* 30. *vers. ex hoc*, et denique *tit.* 36. quibus textibus clerici, et religiosi simpliciter, et absolute feudorum incapaces pronuntiantur ex ratione, quod desierint esse milites hujus saeculi, qui facti sunt milites Christi. 2. quia clericus est inhabilis ad jurandam fidelitatem, et exequendum ea, quae in illo juramento continentur, cum contenta in formula juramenti sint eidem prohibita; *arg. l.* 2. *feud. tit.* 6. 3. quia licet subinde servitia personalia praestari per substitutum possint, clerici tamen ab his servitii, etiam hoc modo praestandis domino, prohiberi videntur, ut probabiliter desumitur ex *l.* 2. *feud. tit.* 21. ubi de vasallo milite, qui militia deposita, religionem ingressus est, quaestio mota fuit, an per substitutum servitia praestare possit, et feudum retinere; sed judicatum ibidem est, *domini, vel agnati conditionem esse meliorem.*

78

Verum his non obstantibus, dicendum, clericos, saltem saeculares, feudorum recipiendorum per se loquendo incapaces non esse. Ita Clar. §. *feudum q.* 78. *n.* 3. Rosenthal. *cap.* 3. *concl.* 3. *et duabus seq.* Fachin. *l.* 7. *contr. cap.* 34. *in fin.* Schrader. *p.* 4. *cap.* 3. *n.* 7. Obrecht *tr. de feud. l.* 2. *cap.* 2. *n.* 5. *et seq.* Horn. *cap.* 5. §. 29. Herm. Hermes *fasc. jur. publ. cap.* 29. *n.* 4. Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 654. Konig *hic n.* 30. Vviest. *ibid. n.* 49. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *cap.* 3. *q.* 14. clariss. P. Schmier *cap.* 2. *de pact. et contract. n.* 524. fundamentum sententia ista in jure utroque, et consuetudine legitime recepta habet; nam 1. *cap. ex transmissa* 6. *etc. verum* 7. *de for. compet.* clerici ad feuda expresse admittuntur. 2. *l.* 2. *feud. tit.* 40. §. *item si* id ipsum supponitur. 3. passim videmus, praesertim in terris imperii, quod episcopi, abbates, et aliae personae ecclesiasticae obtineant feuda, etiam majora, et regalia, dignitati suae annexa. *Proceditque hoc*, non tantum de feudis, quae franca sunt, aut obsequium tantum reale a vasallo exigunt, sed etiam, quae obnoxia sunt obsequio personali, si hoc a persona ecclesiastica honeste obiri possit, vel praestari per substitutum, ut cum aliis *l. cit.* advertit Konig. Aliter loquendum de feudis, quae exigunt obsequium personale incompatibile cum

statu clericali, a persona vasalli ipsa personaliter exhibendum; nam ab his clerici excluduntur non ob incapacitatem personae, sed incompatibilitatem obsequii.

79

Ad argumenta contraria non est difficilis responsio. *Ad* 1. textus illi in praesenti materia curandi non sunt; quia leges civiles de rebus ad ecclesias, vel ecclesiasticas personas spectantibus spespecifice nil possunt disponere ob defectum jurisdictionis in illas. Deinde esto, illo jure exclusi a feudis fuerint clerici, nunc saltem ipsos ad illa admittit consuetudo, qua, ut in aliis multis, ita etiam in hoc a propria feudorum natura recessum est. *Ad* 2. nulla est repugnantia juramenti fidelitatis cum statu clericali, modo illa exhibenda non sit per obsequia personalia cum eodem statu incompatibilia. *Ad* 3. id procedit in feudis, quae exigunt obsequium personale incompatibile, exhibendum ab ipso vasallo.

80

Dub. 1. an feudorum laicalium capaces sint etiam regulares professi? Negativam defendunt Decius *cons.* 131. *n.* 2. Cravett. *cons.* 303. *n.* 7. Natt. 600. *n.* 10. *et seq.* Afflict. *decis.* 320. *n.* 10. *fin. vers. ideo propter juramentum*, Capyc. *decis.* 31. *n.* 3. *vers. sed si est factus monachus*, Praeposit. *tit. qui feud. dar. poss.* §. *et quia n.* 18. *usque ad* 55. Rosenthal. *cap.* 6. *concl.* 29. *per tot.* Spada *cons.* 57. *n.* 10. *et seq. vol.* 1. card. de Luca *de feud. disc.* 24. *et seq. et alibi eod. tit.* Rota *decis.* 1462. *n.* 55. *coram Coccino*, *et decis.* 1595. *n.* 12. *coram eodem*, pluresque alii, quos refert Vincent. Petra *tom.* 1. *comment. fol.* 439. *n.* 2. militant pro hac sententia argumenta tum communia cum iis, quae clericis *n.* 77. opposita sunt, tum specialia ratione proprii ipsorum status. 1. quia sic determinatur a juribus feudalibus. 2. quia ligantur voto paupertatis, quo cum abdicarint a se dominium quodcunque, ideo nequeunt illud amplius reassumere pro feudo administrando. 3. quia vasallus debet praestare domino homagium, et fidelitatem promittere; quod non videtur cadere in religiosum professum. Unde putant DD. *cit.* religiosos professos omnino incapaces esse feudi laicalis, imo etiam monasterium ex persona professi, et dicunt eo ipso, quod professionem emittant, illos feudum, quod habent, amittere, locumque dare proximiori agnato, si talis aliquis adsit, vel si non adsit, devolvi feudum ad dominum directum.

81

Sed dicendum, etiam religiosos professos feudorum, quantumvis laicalia illa sint, modo servitium personale cum statu ecclesiastico, et religioso incompatibile nullum exigant, capaces esse: idque

verum est, sive feudum devolutum ad ipsum sit post professionem, sive ante illam; nam utroque casu feudum ad ipsum transit, ita tamen, ut illud non sibi, sed monasterio suo acquirat, a quo proin tale feudum retinebitur, quamdiu religiosus professus vivit, hoc mortuo autem, dimitti debet, nisi forsan concessum esset religioso intuitu monasterii, quo casu penes monasterium manebit perpetuo; Rosenthal. *cap.* 3. *concl.* 4. Fagn. *in cap. quae in ecclesiarum de constit. n.* 107. Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 654. *in fin.* magnif. D. Christoph. de Chlingensperg. *cap.* 3. *de feud. q.* 15. Vincent. Petra *tom.* 1. *comment. fol.* 440. *n.* 13. et ceteri, qui ad hujusmodi feuda admittunt clericos saeculares. Sumitur ex *cap. un.* §. *verum de stat. regul. in* 6. ubi religiosi ad feuda expresse admittuntur.

82

Addidi, *modo tale feudum non exigat servitium incompatibile*; nam si feudum, exigens servitium incompatibile, devolvatur ad religiosum professum, statim ex incapacitate aperitur via ulteriori vocato, vel domino feudi. Secus, si sit adhuc novitius; nam cum iste sit adhuc in statu retractabili, non aperitur terminus alteri vocato, nisi facta professione; Grass. *de effect. clericor. eff.* 4. *a n.* 82. card. de Luca *annot. ad discurs.* 17. *de feud. in supplem. a n.* 6. Petra *tom.* 1. *comment. fol.* 443. *n.* 37. *et* 38. quod ob eandem rationem dicendum de scholasticis, et coadjutoribus nondum formatis in societate Jesu, saltem antequam renutiaverint bonis suis, cum licet ipsi societati se in perpetuum obligent, non tamen ipsis in perpetuum, et absolute se societas obliget: cons. sunt etiam ipsi adhuc in statu retractabili.

83

Neque obstant argumenta contraria. *Ad* 1. jura feudalia, ut *n.* 79. dictum est, nequeunt excludere personas ecclesiasticas. *Ad* 2. id nimium probat; sequeretur enim quod religiosus in quacunque religione etiam excluderetur ab haereditate, dominio, et possessione quacunque: unde dicendum, etsi ob votum paupertatis adsit incapacitas in religioso, remanere tamen capacitatem in monasterio, si illud possessionis bonorum in communi sit capax. *Ad* 3. quod religiosus status non faciat incapacem praestandi homagii, patet ex *c. un. de stat. regul. in* 6. ubi permittitur abbatissae, ut cum honesta, et decenti societate posset egredi e monasterio ad dictum homagium praestandum: cui permissioni etsi per s. Pium V. derogatum fuerit, et statutum, ne in hunc finem abbatissae egrederentur monasterio, circa capacitatem tamen jurandi fidelitatem, et praestandi homagium nihil immutatum ab eo fuit, sed egressus solum prohibitus ob majorem decentiam, cum

decentius sit homagium ab abbatissa praestari per procuratorem; Petra *tomo* 1. *comment. fol.* 441. *num.* 22.

84

Dub. 2. an milites ordinum equestrium capaces sit feudi proprii, et exigentis servitium incompatibile cum statu clericali? Affirmant Nevizan. *conf.* 30. Natt. *conf.* 507. *et* 508. Spada *conf.* 59. *l.* 1. *num.* 1. *et* 20. *per totum*, Grass. *de effect.* 4. *num.* 69 Capon. *discept.* 121. *num.* 44. Herman. Hermes *fasc. jur. publ. cap.* 29. *num.* 24. Engel. *hic num.* 24. ex ratione, quia non sunt incapaces militiae, ut adeo parati esse possint ad defensionem proprii domini, igitur nulla respectu ipsorum est repugnantia, quin et ipsi, tanquam proximi agnati ad successionem feudi antiqui admittendi sint.

85

Sed dicendum, praescindendo a specialibus statutis, et consuetudinibus istorum ordinum, equites regulares capaces non esse feudi proprii. Ita apud Gratian, *discept. for cap.* 456. *num.* 47. *et cap.* 881. *num* 6. *et* Rosenthal *cap.* 7. *concl.* 30. *num.* 3. *et seqq.* complures DD. et cum his Sperell. *decis.* 20. *per totam* Riccius *decis.* 201. *num.* 7. *p.* 1. Franch. *decis.* 479. *num.* 4. card. de Luca *disc* 16. *de feud. num.* 2. Vicent. Petra *tom.* 1. *comment. fol.* 447. *num.* 95. et patet e stabilimentis ordinis equestris s. Joannis Jerosolimitani in quibus prohibetur praestatio servitii militaris in bello contra fideles, ut innuit card. de Luca *l. cit.* Petra *fol.* 448. Et ratio est, quod cum religiosi sint, militia illorum dirigi debeat ad finem supernaturalem, ad quem non dirigitur, in qua pugnatur solum ad finem politicum.

86

Ex quo sequitur ad rationem dubitandi allatam.

Dub. 3. an si aliquis religiosus factus sit episcopus, et ad ipsum devolvatur feudum, ejusdem sit capax? Resp. distinguendo: vel enim tale feudum exigit servitium incompatibile, vel compatibile. *Si incompatibile*, certum est non esse capacem: redibit ergo feudum ad dominum directum, non ratione personae, sed ex defectu finis. *Si compatibile*, talis episcopus, etsi assumptus sit ex ordine incapace successionis haereditariae, et possessionis bonorum immobilium in communi, succedit, sed quia ligatur voto paupertatis religiosae, illud non sibi sed ecclesiae suae lucratur, eo modo, quo feudum delatum regulari professo transit ad monasterium. Ita Fagnan. *in cap. quae in ecclesiarum de constit*, *a num.* 57. *et seqq.*. Petra *tom.* 1. *comm. fol.* 441. *num.* 18. *et seqq.* et teste card. de Luca. *de feud disc.* 47. *numer.* 20. judicatum est in causa fundi Castillonis lacus trasymeni, spectantis ad Cameram apostolicam, nam cum illud per obitum ducis a cornea devolutum fuisset ad fratrem ipsius episcopum squillacensem,

assumptum ex ordine praedicatorum, ipsa camera ad transactionem devenit, in qua episcopus laudatus recepit scuta viginti millia pro omni ejus jure: sed male fuisset ita transactum, si episcopus regularis non esset capax feudi; quia tunc nullum habuisset jus ad feudum, quod in transactione memorata supponitur ergo dicendum, talem episcopum feuda ad se devoluta, vita durante, acquirere pro ecclesia.

87

Dub. 4. quodnam feudum dici debeat esse incompatibile cum statu clericali? Card. de Luca *disc.* 54. *de feud. num.* 19. dicit incompatibile esse omne illud, in quo debet praestari juramentum fidelitatis; quia continet in se implicite onus serviendi personaliter in militia. Sed quia ex hactenus dictis liquet, episcopos, clericos, imo religiosos juramenta fidelitatis praestare dominis feudorum posse, quin propterea obligentur ad militandum personaliter sub domino laico, idcirco dicendum, tunc solum pro incompatibili habendum feudum aliquod, quando obligat ad servitium, statui clericali repugnans, exhibendum ab ipsa persona clerici, vel ad obsequium personale indeterminatum, ita, ut impetrari eidem possit a domino, qualecunque ipsi libuerit; Petra *fol.* 446. *num.* 69.

88

Dub. 5. quid dicendum de clericis, qui in minoribus duntaxat ordinibus constituti sunt? Resp. apud hos distinguendum esse, an beneficiati sint, vel nullum beneficium ecclesiasticum habeant. *Si hoc secundum*, perinde, ac laici ad quodcunque feudum, adeoque etiam incompatibile cum statu clericali, recipiendum habiles sunt, modo statum clericalem dimittant, ut ex communi testantur Clar. §. *feudum qu.* 78. Laym. *lib.* 3. *tract.* 4. *cap.* 24. *num.* 10. *vers. quarto*, Petra *tom.* 1. *comment. fol.* 442. *num.* 35. *Si primum*, a successione feudi incompatibilis etiam ipse ex cluditur: potest tamen, si res adhuc integra sit, et antequam per mortem ultimi possessoris eveniat casus succedendi, beneficium, et clericatum dimittere, et sic feudi recipiendi capacem se reddere; Jacob. Emerix *decis.* 726. *num.* 12. *et.* 13. et ab hoc *citt.*

89

Quaeritur 3. quot modis acquiratur feudum? Resp. Acquiri diversis potest, quorum alii sunt inter vivos, alii mortis causa. De posterioribus dicam §. *seq.* Priores sunt pactum, et investitura, donatio, emptio, permutatio, prescriptio: de praescriptione feudi dictum est *libr.* 2. *tit.* 26. *num.* 36. donatio, emptio, permutatio feudi nihil peculiare habet ab iis, quae ad rubricas proprias contractum istorum ponuntur, quare §. *praesen.* solum superest, ut agatur de pacto, et investitura.

90

Dub. 1. quid hic veniat nomine *pacti*, et *investiturae?* Resp. *Pacti* nomine hic intelligitur contractus feudalis, quo dominus alicui rem suam jure feudi concedit, idque vel gratis, et per modum donationis, sive pro pecunia, vel re alia, qua ratione erit emptio, venditio, vel permutatio. Contractum investitura sequitur; nam in constitutione feudi, ut in aliis contractibus censualibus, per ipsum quidem contractum acquiritur jus ad rem, seu personale, jus reale tamen, et in re solum acquiritur traditione, quae in feudo speciali nomine *investitura* vocatur; ab *investiendo* quod per eam vasallus possessione, quasi veste, induatur.

91

Definitur, quod sit actus solemnis, per quem vasallus in possessionem rei feudalis mittitur, simulque domino ad fidem obligatur. Estque, ut *supra numer.* 12. dictum est, duplex, una propria, altera impropria, et abusiva. *Propria* est, quam modo descripsi; *impropria* autem, quando feudum absque corporali possessionis traditione vasallo solemniter ceditur, tradendo ipsi signum pro re, ut sceptrum, vexillum, gladium etc. Et hic interdictum *adipiscendae possessionis* duntaxat parit. *Excipitur*, si hujusmodi investitura fiat in presentia rei feudalis per traditionem clavium, vel per ostensionem rei eminus factam. etc. his enim modis inducitur traditio ficta, ut dictum est *lib.* 2. *tit.* 12 *a num* 7. Habet tamen investitura abusiva hunc effectum ut ita investitus propria authoritate apprehendere feudi possessionem possit; Haun. *tom.* 3. *tract.* 9. *num.* 656. *et* 659.

92

Dub 2. in quo consistat solemnitas investiturae? Resp. Consistit 1. in ipsa solemnitate verborum, qua dominus solet feudum tradere, vel signo quopiam repraesentare, dicendo: *ego te investio etc.* arg. *l.* 2. *feud. tit.* 2. Hunn. *disp. feud.* 8. *th.* 10. *vers. hujus investiturae*, magnif. D. Christoph. de Chlingensperg. *cap. de feud quaest.* 7. 2. in testatione, seu testificatione solemni, quae fit aut testibus aut instrumento, quod in jure feudali etiam *breve testatum* vocatur; *l.* 1. *feud. tit.* 3. *et tit.* 4. §. *item si.* 3. alterutro enim modo probari investitura debet, quando quaerit, utrum facta illa sit, prout habetur *l.* 2. *feud. tit.* 2. *pr. vers. si enim domino.*

93

Porro testes hi debent esse idonei: quales sunt 1. homines liberi, non servi; *l.* 2. *feud tit.* 58. §. 1. 2. masculi, non foeminae; *l.* 2. *feud. tit.* 31. 3. ne quid in perniciem domini excogitetur, debent esse pares curiae, h. e. vasalli ejudem domini, in eodem territorio feuda possidentes; *l.* 1. *feud. tit.* 2. 3. 4. 10. 11. et *l.* 2. *feud tit.*

58. §. 1. possunt tamen aliquando adhiberi etiam extranei, modo illi ad testimonium dicendum, sint habiles. Et hoc 1. si dominus nullos habeat pares curiae. 2. siquidem habeat, sed inidoneos; aut qui recusant venire. 3. in investitura veteri; nam in hoc ista potissimum a nova discrepat. 4. in feudo ecclesiastico; Schrader. *p.* 5. *cap* 2. *num.* 6. Hunn. *D.* 8. *tit. th.*. 65. Barhold, *de feud. cap.* 7. *num.* 27. Haun. *tom.* 2. *tract.* 9. *num.* 656. *et* 657. magnif. de Chlingensperg. *cap.* 5. *cit. quaest.* 8.

94

Quoad breve testatum vero distinguendum est inter jus feudale, et consuetudinem hodiernam. *De jure feudali*, ut hujusmodi instrumentum fidem faciat, requiritur, ut testes videlicet pares curiae, si haberi possint, alias in istorum defectu extranei id manu propria subscribant; *l.* 2. *feud. tit.* 2. *et tit.* 32. de *consuetudine hodierna* subscriptio parium curiae non adhibetur, sed sufficit, illud instrumentum sigillo domini roborari, et in eo exprimi, quod pares curiae actui investiturae interfuerint; Schrader. *p.* 5. *cit. cap.* 2. *num.*. 12. Struv. *cap. cap.* 8. *aphoris.* 8. magnif. D. de Chlingensperg. *l. cit. quaest.* 9.

95

Dub. 3. quomodo fieri investitura possit? Resp. posse fieri pure, sub conditione, et sub die; *l.* 1. *feud tit.* 2. et *t.* 2. *tit.* 35. *Pure* fit investitura, quando vasallus simpliciter investitur de feudo, et neque dies, neque conditio adjicitur. *Sub conditione*, quando conceditur ad certae rei eventum, ut si aperiatur, si prior possessor ante mortuus fuerit etc. *Sub die*, cum conceditur ex certo tempore vel ad certum tempus.

Inter hos tres modos conferendi investituram id discriminis interest, quod si pure est facta, dominium utile statim in vasallum transferat, non vero, si sub die, vel conditione: nam si sub die facta est, illud non transfert ad eventum illius diei: si vero sub conditione, usque ad eventum istius obligatio suspenditur, et dominium utile apud concedentem remanet; Hun. *D.* 8. *cit. thes.* 44. *et seq.*

96

Dub. 4. an investiturae adjici certa aliqua pacta possint? Resp. posse hujusmodi pacta adjici, modo honesta illa sint, et licita, etsi ludicra, qualia sunt, ut beneficiarius, seu vasallus singulis annis domino pendat tres obolos in crumena holoserica, aut ovum afferat impositum currui sejugo etc. Knich. *de pact. investit. c,* 1. *n.* 13. *cum seq.* mag. D. Christop. de Chlingesp. *c.* 5. *de feud. q.* 12. Addidi, *modo honesta sint, et licita*; nam inhonesta, cum de jura inter impossibilia recenseantur, adjici investiturae nequeunt, quod pacta vinculum iniquitatis esse non possint. Et hanc ob causam invalidum

est pactum investiturae adjectum, ut propter feloniae crimen feudum non amittatur; quia hujusmodi pactum cum impunitatem praestet sceleri, ad delinquendum invitat. Contra valet pactum, ut feudum propter non petitam investituram non amittatur; quia non petitio investiturae dumtaxat in omittendo consistit, et crimen de jure nullum involvit.

97

Dub. 4. quid utilitatis habeat, si in investitura dicatur feudum concedi propter merita, et servitia praestita aut in genere , aut in specie certorum servitiorum mentione facta? Resp. Hanc notabilem utilitatem habet, quod feudum nec vasallo, nec ejus posteris possit ob ullam feloniam auferri, ut cum Schradero, et aliis notat Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 665. praesertim si servitiorum non tantum generaliter fiat mentio, sed quaenam vasallus praestiterit, in instrumento investiturae specificentur. Suadet praeterea Schraderus, ut vasallus curet clausulam sic concipi: *feudum esse concessum sibi*, *et suis hœredibus*, *vel filiis*, *eo pacto*, *ut de uno ad alium revertatur* ; vel : *hoc feudum esse concessum sibi*, *et hœredibus suis omnibus aeque principaliter*, *vel sibi*, *et haeredibus suis tam propter servitia*, *sive benemerita a se*, *et haeredibus praestito domino feudi, ac imposterum ab iisdem praestanda*; adeoque inspectis singulorum meritis. Hujusmodi enim clausulae hoc operantur, ut etiam non facta mentione filiorum, et haeredum, nihilominus censeatur feudum esse ex pacto, et providentia; item ut factum, vel delictum patris, etiam erga dominum feudi perpetratum, filiis, vel agnatis non noceat.

98

Dub. 6. a quo petenda investitura sit, si vasallus ignoret dominum feudi, vel nesciat, a quo debeat investituram petere in feudo , quod scit sibi deberi? Resp. In statutis bavaricis *tit.* 12. *art.* 5. hoc casu proceditur sequenti modo. 1. Judex tali vasallo constituit terminum, intra quem inquirat dominium feudi 2. si istum non repererit intra hoc tempus, petitur ab ipso juramentum, quo affirmet se necdum in notitiam venire potuisse, quis sit dominus feudi sui ; et hoc praestito per annum, et diem possidebit, fruetur que feudo. 3. post annum, et diem, si necdum in notitiam domini devenit, iterum in judicio apparebit, et affirmabit jurejurando, se nec immediatum, nec mediatum dominum scire: quo facto accipiet investituram a principe. 4. Quodsi postea dominus compareat, is, quam proxime potest, comparebit in judicio, et probabit se abfuisse a provincia, aut juramento affirmabit se ignorasse, quod feudum deberet concedere. 5. Juramento hoc praestito, nec illi, nec vasallo praejudicabit, quod princeps feudum concesserit, sed dominus vasallo feudum concedet

deinceps, prout jus requirit. Ita jus bavaricum *l. cit.* qui modus non male etiam jure communi practicaretur.

§. IV.

De successione in feudo.

SUMMARIUM

99 *An, et quousque succedatur in feudis?*
100 *Qualis successio in istis detur?*
101 *Exceptiones.*
102 *Ut succedere aliquis in feudo possit, requiritur, ut habilis sit ad officia, et servitia ratione feudi præstanda: et propterea a successione removentur mente capti, et corpore imperfecti.*
103 *Qui tamen feudum retinent casu, quo debilitas supervenit.*
104 *Quoad infames respondendum est cum distinctione.*
105 *A successione feudali regulariter excluduntur ascendentes.*
106 107 *Casus excepti.*
108 *An casu, quo admittuntur ascendentes simul etiam admitii debeant fratres defuncti?*
109 *Ex filiis non succedunt adoptivi, et arrogati?*
110 *Et extra legitimum matrimonium procreati.*
111 *Quamvis legitimati sint per subsequens matrimonium.*
112 *Hi tamen ex generali consuetudine admittuntur.*
113 *An succedant liberi nati ex matrimonio morganatico?*
114 *An filiius, repudiata hæreditate patris, succedere adhuc possit in feudo?*
115 *Resolvitur dubium.*
116 *Fœminæ regulariter non succedunt in feudo.*
117 *Exceptiones.*
118 *Quod etiam extenditur ad descendentes a fœminis.*
119 *An si fœmina semel admissa fuerit ad feudi successionem, nato postea masculo, teneatur illud restituere?*
120 *An feudum, ad aliquam lineam semel devolutum per fœminam semper in linea illi maneat, non attento masculo in alia linea existente?*
121 *Casus specialis.*
122 *Utrum si fœmina per successionem masculi a feudo semel exclusa sit, perpetuo exclusa maneat?*
123 *Resolvitur pro negativa.*
124 *Solvuntur argumenta opposita.*
125 *An clerici, et religiosi succedant in feudo?*
126 *Propugnatur affirmativa.*
127 *Quoad clericos imnorum ordinum, et religiosos, simplicibus solum votis affectos.*
128 *Quoad constitutos in sacris, et religiosos professos observanda est consuetudo legitime introducta.*
129 *In quibus feudis clerici, et religiosi possint succedere?*
130 *Quando religiosus professus succedere possit in feudo?*

99

Quaeritur 1. an, et quousque detur successio in feudis? Resp. Successio feudalis sub initio constitutorum feudorum nulla fuit; quia stabilia, et perpetua non fuere, sed pro arbitrio, et libitu domini potuerunt perinde, ut precarium, revocari; *l.* 1. *feud. t.* 1. §. 1. Postea coepit concessio feudi primum extendi ad annum, tum ad vitam vasalli; deinde ad ejus filium; tandem ad omnes descendentes, et collaterales porrecta est in infinitum; *l.* 1. *feud. t.* 1. §. 1. *et* 2. *Excipiuntur* feuda personalia, ut sunt feuda camerae, et cavenae, quae morte vasalli extinguuntur: quod multo magis verum est in feudis soldatae; quia personalissimum est, et morte tam dantis, quam accipientis extinguitur; *l.* 2. *feud. t.* 10. *in fin.*

100

Dub. 1. qualis successio in feudis detur? Resp. Etsi alias successio jure communi sit duplex, ab intestato, et ex testamento, jure feudali tamen solum datur ab intestato; nam ex testamento successio in iisdem ordinaria nulla datur; *l.* 2. *feud. tit.* 9. §. 1. cujus ratio est, quia agnati in feudis non ultimi defuncti, sed communis tam defuncti, quam ipsorum parentis, qui primo feudum constituit, voluntate, qua unus alteri est substitutus, succedunt. Estque hoc ita verum, ut etiam casu, quo defunctus rem feudalem legavit alteri; ejus haeres neque ad aestimationem feudi legatario praestandam obligari possit, quod res feudalis ex legantis dispositione extracta sit, et extra commercium illius posita; magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *cap.* 6. *de feud. quaest.* 2.

101

Excipitur 1. nisi dominus, et agnati consentiant; nam dispositio mortis causa vasallo negatur in favorem agnatorum, cui proin renuntiare possunt. *Excipitur* 2. si feudum sit haereditarium, seu ea ratione concessum, ut vasallo liceat illud in quoslibet haeredes quocunque licito modo transmittere; quia de hoc si testetur defunctus, agnatis non praejudicat, utpote quibus determinate nullum

est jus quaesitum in tali feudo. *Excipitur* 3. de jure bavarico feudum bursaticum; nam hoc cum consensu domini absolute legari, vel testamento relinqui potest; *Landrecht tit.* 11. *art.* 4. *Excipitur* 4. feudum novum; nam ad feudum novum, nisi cum jure antiqui feudi concessum sit, descendentibus jus quaesitum non est, nisi dependenter a primo acquirente. *Excipitur* 5. si statuto, aut consuetudine inducta est potestas disponendi per ultimam voluntatem de feudo.

102

Dub. 2. quid requiratur, ut succedere quis in feudo possit? Resp. Duo exposcuntur: 1. Ut sit habilis ad officia, et servitia praestanda; *l.* 2. *feud. tit.* 6. §. *fin. et tit.* 36. 2. Ut descendat ex sanguine primi acquirentis; *l.* 2. *feud. tit.* 31.

Ex primo capite a successione in feudo removentur mente capti, vel corpore imperfecti, quales sunt furiosi, muti, surdi, caeci etc. quia sunt inhabiles ad praestanda servitia; Vult. *l.* 1. *de feud. cap.* 9. *n.* 171. Rosenthal. *cap.* 7. *concl.* 28. *num.* 1. *et seqq.* Struv. *c.* 9. *aphor.* 10. *num.* 3. Haun. *tom.* 3. *de J. et J. tract.* 9. *n.* 751. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *cap.* 6. *de feud. quaest.* 19. magnif. D. Verlohner *de mod. acquir. legal. art.* 7. *quaest.* 1. *num.* 15. *in fin. Excipitur* 1. si feudum sit liberum a servitiis; quia tunc ratio ipsos excludendi cessat; Rosenthal. *l. cit. num.* 20. *Excipitur* 2. si imperfectus, qui vult succedere, ita comparatus sit, ut non obstante suo defectu, possit juxta naturam illius feudi praestanda praestare; nam hoc casu pariter nulla ratio illos arcet; magnif. D. de Chlingensperg *l. cit.*

103

Ceteri a successione in feudo excluduntur: neque refert, an a nativitate sint tales, an vero tales effecti sint successu temporis, modo tempore delatae successionis tales reperiantur; nam si post jus quaesitum tales primum evadant, non propterea illud amittunt, quod inter modos amittendi feudum superveniens furor, aut caecitas non numeretur; Haun. *num.* 751. *cit.* cum reliquis *supra.* Quodsi ita inidonei, a feudi successione exclusi, se commode sustentare nequeant, debebit aut dominus feudi, aut agnati, ad quos feudum devolvetur, illis relinquere; quod pro ipsorum sustentatione sufficiat.

104

An ex capite inidoneitatis repelli a successione in feudo debeant etiam infames, dubium moveri potest: quod tamen solvi ope distinctionis potest; vel enim in feudum, de cujus successione agitur, annexam aliquam dignitatem habet, vel non. *Si primum*, non admittetur ad successionem infamis, cum *infamibus portae non pa-*

teant dignitatum, ut dicitur *reg. infamibus* 87. *in* 6. *et l. neque* 2. *C. de dignit. Si secundum*, non obstabit successioni infamia; quia ob solam honoris amissionem feudo quis non privatur, prout colligitur ex *l.* 2. *feud. tit.* 24. Haun. *tom.* 3. *tract.* 9. *numer.* 753.

105

Ex secundo capite a successione feudali regulariter excluduntur *ascendentes*; nam ut *l.* 2. *feud. tit.* 50. dicitur, *successionis feudi talis est natura, quod ascendentes non succedant, v. g. pater filio.* Fitque hoc ex communi tam feudum concedentis, quam illud acquirentis voto; utriusque enim propositum est solis descendentibus prospicere; Vult. *l.* 1. *de feud. cap.* 9. *num.* 204. Struv. *synt. jur. feud.* 9. *aphor.* 3. Itter. *de feud. imper. cap.* 15. *num.* 1. Haun. *tom.* 3. *tract.* 9. *num.* 766. Engl. *hic num.* 26. Konig. *num.* 41. clariss. P. Schmier *p.* 2. *de success. ab intest. cap.* 3. *num.* 48. magnif. D. Verlohner *de mod. acquir. legal. art.* 7. *quaest.* 1. *num.* 3.

Estque hoc verum tam respectu feudi novi, quam respectu antiqui: *respectu novi* quidem; quia avus, et pater ejus, qui primum acquisivit, non sunt in investitura comprehensi, utpote qua descendentibus suis, non ascendentibus regulariter censetur prospexisse, ut paulo antea dictum est. *Respectu antiqui* autem; quia hoc aliunde prius ad ascendentes devolvitur; Struv. *aphor.* 3. *cit.* P. Schmier *num.* 50. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *cap.* 6. *de feud. quaest.* 3.

106

Dixi autem *regulariter*; nam plures sunt casus, in quibus etiam ascendentes succedunt in feudo. Et 1. quidem, si pater, vel avus feudum in gratiam filii, vel nepotis feudo suo renuntiavit; tunc enim si filius, vel nepos sine descendentibus moriatur, feudum, exclusis defuncti agnatis, ad patrem, vel avum revertitur; Mynsing. *cent.* 3. *obs.* 93. Vult. *l.* 1. *de feud. cap.* 9. *num.* 206. Rosenthal *cap.* 7. *concl.* 14. *num.* 8. Schrader. *p.* 7. *cap.* 6. *num.* 4. Haun. *tom.* 3. *tract.* 9. *num.* 767. Engl. *hic num.* 26. Konig. *num.* 41. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *cap.* 6. *de feud. quaest.* 4. magnif. Verlohner *quaest.* 1. *cit. num.* 4. clariss. P. Schmier *num.* 51. et teste Mynsing. *l. cit.* receptum est passim in camera imperiali. *Ratio est*, quia pater, aut avus renuntians, vel refutans feudum, ista conditione censetur hoc fecisse, ut filio, aut nepote mortuo, ad pristinum statum revertatur feudum: unde hoc casu reversionem feudi ad patrem non tam successionem, quam recuperationem appellant DD.

107

2. Si avus, consentiente filio, feudum in nepotem transtulit; Rosenthal. *num.* 7.

3. Si filius ob parentis bene merita est investitus; Corvin. *synops. jur. feud. l.* 2. *tit.* 4. *in fin.* Engl. Konig. *l. citt.*

4. Si in feudo noviter acquisito investitus est ea lege, et pacto, ut pater succedat; *l.* 2. *feud. tit.* 84. Schrader *l. cit. num.* 3. Stryck. *de success. ab intest. dissert.* 7. *cap.* 2. §. 3. *et duob. seqq.* cum aliis *supra.*

5. Si feudum est mere haereditarium; cum enim haeredes extranei tunc possint succedere; nulla prohibet ratio, quo minus etiam pater succedat; Rosenthal *num.* 22. cum *citt.*

6. Si consuetudine speciali, aut statuto loci ita receptum est; DD. qui *supra.* Sed hinc

108

Dub. 3. an casu, quo ascendentes admittuntur ad successionem, ad eandem simul etiam admitti debeant fratres defuncti, siquos ille habet? Schrader. *loc. cit. num.* 10. Rosenthal *num. ult.* Engl. *num.* 26. *cit.* eos ad normam dispositionis civilis *novell.* 118. *cap.* 2. admittunt. Struv. *cap.* 9. *cit. aphor.* 3. *num.* 3. Stryck. *cap.* 2. *cit.* §. 7. Haun. *tract.* 9. *cit. num.* 770. magnif. D. Verlohner *num.* 4. *cit.* probabilius negant; quia in jure feudali non tam propinquitas sanguinis, in quo pater, et frater vasalli defuncti aequales sunt, quam lineae observatur, in qua pater propinquior est, utpote qui cum filio suo defuncto constituit eandem lineam, cum duo fratres ordiantur duas diversas.

109

Quaeritur 2. quinam filii succedant in feudo? Resp. Debent esse ex legitimo matrimonio naturaliter procreati. Adeoque 1. excluduntur a successione feudali filii adoptivi per expressum textum; *l.* 2. *feud. tit.* 26. §. *adoptivus*, ibi *adoptivus filius in feudum non succedit:* quo vocabulo non solum adoptivi in specie, sed etiam arrogati veniunt; nam eadem de his ratio est; quia jus feudale in successionibus ad sanguinis participationem respexit, quae participatio adoptivis et arrogatis non datur. Accedit, quia si adoptivi ad successionem in feudo vocarentur, invito domino ex aliena familia obtruderetur vasallis adversus textum apertum; *l.* 2. *feud. tit.* 12. et agnatis, per primi acquirentis investituram vocatis, jus quaesitum adimeretur; Haun. *tom.* 3. *tract.* 9. *num.* 748. Engl. *hic num.* 23. Konig. *num.* 40. clariss. P. Schmier *p.* 2. *de success. ab intest. cap.* 3. *n.* 29. magnif. D. Verlohner *de mod. acquir. legal. art.* 7. *qu.* 1. *num.* 8. Intelligi autem hoc debet de adoptato qua tali, non de eo, qui alio-

quia etiam jure sanguinis conjunctus est; nam huic per adoptionem jus succedendi non adimitur; Haun. *l. cit.*

110

2. Excluduntur omnes extra legitimum matrimonium procreati; *l.* 2. *feud. cit.* 26. §. *naturales.* Vult. *l.* 1. *feud. cap.* 9. *num.* 178. Stryck. *de success. ab intest. dissert.* 1. *cap.* 3. §. 25. *et seq.* Haun. *l. cit. num.* 748. *vers. excluduntur* 2. P. Schmier *l. cit. num.* 29. *et* 30. D. Verlohner *num.* 6. Konig. *num.* 49.

Et ratio est, quia jura feudalia respexerunt participationem sanguinis non quamcumque, sed puram, et illibatam, atque a macula natalium liberam, ne alienus spurius surculus inseratur illustri familiae, ad successionem per investituram specialiter vocatae.

Proceditque hoc 1. ut etiam non succedant in feudo foeminino quamvis alias de jure civili naturales succedant matri; Forster. *de success. l.* 6. *cap.* 39. *n.* 2. Hartm. Pistor. *p.* 2. *q.* 40. *n.* 2. Struv. *synt. jur. feud. c.* 9. *aphor.* 3. *n.* 7. Stryck §. 26. Haun. *vers. cit.* P. Schmier *num.* 34.

Procedit 2. etiam de his, qui ex illegitimis, quamvis per matrimonium legitimum, descendunt; non enim per saltum datur successio; Haun. *l. cit.*

Procedit 3. etsi legitimati sint per rescriptum principis, ut patet ex §. *naturales cit.* quia in principis potestate non est, domino directo, et agnatis in suis juribus quaesitis praejudicare; et tametsi ipse princeps natalibus restituens sit dominus feudi, neutiquam tamen censetur sibi aperturam feudi, et agnatis successionem impedire velle, nisi feudum novum sit, et illegitimos feudi dominus expresse vocaverit, ut prolixe ostendit Hartm. Pistor. *q.* 40. *cit. n.* 10. Haun. *l. cit. et num. seq.*

111

Dub. 1. utrum successio in feuda praeclusa sit etiam filiis naturalibus legitimatis per subsequens matrimonium? Resp. si rigide juris feudalis dispositioni insistamus, probabilius etiam ipsos excludi ob textum *l.* 2. *feud. tit.* 26. §. *naturales*, ubi non distinguitur, an legitimatio fiat per rescriptum principis, an vero per subsequens matrimonium: videtur ergo textus iste de omnibus speciebus legitimationum intelligendus; alioquin propositio generalis negativa falsa foret, quia falsificaretur in praecipua specie legitimationis. Accedit, quia in legitimatis per subsequens matrimonium eadem est ratio, quae in legitimatis per rescriptum principis; neque enim praecedens macula per matrimonium in rei veritate abstergitur.

112

Addidi, *si rigide juris feudalis dispositioni insistamus*; nam quoad legitimatos per subsequens matrimonium constitutio haec in camera imperiali, et omnibus fere Europae regnis abrogata est, cum passim sic legitimati ad successionem in feuda admittantur, prout testantur Mynsing. *cent.* 5. *obs.* 42 *n.* 1. Gaill. *l.* 3. *obs.* 141. *n.* 2. Fachin. *l.* 7. *contr. c.* 51. Harpprecht *ad princ. inst. de success. quae ab intest. n.* 315. *et seqq.* Struv. *synt. jur. feud. c.* 9. *aphor.* 3. Myler. ab Ehrenbach. *Gamalog. princ. imp. c.* 24. §. 2. Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 750. clariss. P. Schmier *p.* 2. *de success. ab intest. c.* 3. *n.* 32. mag. D. Verlohner *de mod. acquir. legal. art.* 7. *q.* 1. *n.* 7.

Usus enim, et interpretes respexerunt in hoc non tam ad *cit.* constitutionem feudalem, quam ad jus civile, et canonicum, quorum utroque legitimati per subsequens matrimonium legitime natis per omnia fere aequiparantur, prout patet ex *novell.* 89. *c.* 8. *et c. tanta* 6. *qui fil. legitim.* An vero istud procedat etiam in feudis regalibus, hic non decido. Videantur de hoc publicistae, qui in duas oppositas sententias abeunt, quorum rationes studiose collegit dominus ab Andlern *jurispr. publ. et privat. l.* 2. *c.* 30. *n.* 31.

113

Dub. 2. an liberi nati ex matrimonio morganatico, seu ea lege contracto, ne succedant patri ab intestato, sed certa pecuniae quantitate contenti sint, succedant in feudo? Videtur respondendum affirmative ob textum *l.* 2. *feud. tit.* 26. §. *filii*, ibi. *Filii nati ex una uxore, cum qua matrimonium tali conditione contractum est, ne filii ex ea nati, patri ab intestato succedant, in feudo succedunt.*

Verum, ut Struv. *synt. jur. feud. cap.* 9. *aphor.* 5. *n.* 9. testatur, textus iste ex plerorumque DD. mente mendosus est, quod in eo patricula *non* omissa sit: quod colligitur ex addita in textu ratione; datur enim haec ratio, quod *quamvis ratione improbetur talis conditio*, seu pactum exclusivum a successione, *ex usu tamen admittatur*: quare tenenda est negativa sententia ob clarum textum *l.* 2. *feud. tit.* 29. ubi de hujusmodi filiis, *isti*, inquit textus, *in proprietatem non succedunt, aliis extantibus; sed nec in feudo, etiam aliis non extantibus*; claris. P. Schm. *p.* 2. *de success. ab intest. c.* 3. *n.* 46.

114

Dub. 3. an filius, repudiata haereditate patris, succedere adhuc possit in feudo? Rationem dubitandi facit textus *l.* 2. *feud. tit.* 45. ubi cum hoc agnatis fuisset permissum, de filio, *ipse*, inquit textus, *non potest haereditatem sine beneficio repudiare, sed aut utrumque retineat, aut utrumque repudiet*; Zas. *p.* 8. *n.* 6.

Schrader. *p.* 7. *c.* 5. *n.* 74. Rosenthal. *cap.* 7. *concl.* 21. *n.* 3. et plures alii distinguunt inter feudum ex pacto et providentia, et inter feudum haereditarium, et de hoc posteriore intelligendum putant textum allegatum, quod hujusmodi feudum sit pars haereditatis, et haec pro parte tantum adiri non possit, sed aut tota adiri, aut tota repudiari debeat.

115

Sed communior inter feudistas RR. teste Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 725. sententia est, *in cit.* textu sermonem esse de feudo ex pacto, et providentia, et patet ex eo maxime, quia feudum haereditarium, de jure feudali scripto fuit penitus incognitum, et postea primum ex variis investiturarum formulis introductum, et ab interpretibus excogitatum, ut notat Berlich *p.* 2. *concl.* 56. *n.* 6. Hinc cum isto, et DD. ab ipso *cit. n.* 11. dicendum, quod filius repudiata patris haereditate, neque in feudo ex pacto, et providentia possit succedere. Quare in textu pro ratione dubitandi allegato statuitur discrimen inter agnatos, et filium, dum agnatis permittitur retentio feudi ex pacto, et providentia, etiam haereditate repudiata, quod filio negatur: disparitatis rationem dat Berlich *num.* 13. quod filii strictius teneantur parentum honorem defendere, quam agnati, seu collaterales: cederet autem ad ignominiam patris, si filius repudiata haereditate ejus memoriam negligat.

116

Quaeritur 3. an foeminae succedant in feudo? Resp. Regulariter et ordinarie non succedunt per textus apertos *l.* 1. *feud. tit.* 1. §. 3. *tit.* 8. §. *fin. tit.* 13. *vers. et si clientulus*, *l.* 2. *feud. tit.* 11. *tit.* 30. *et tit.* 50. Ratio illas excludendi duplex praecipue fuit. *Una*, quod cum successio in feudis contra primaevam feudorum institutionem est introducta, finis hujus ordinationis fuerit conservatio familiae; in foeminis autem familiae non conservantur, quod illae sequantur familiam viri. *Altera*, quia foemina non est apta ad praestanda servitia ratione feudi domino directo debita; nam ex primaeva feudi natura vasallus obligatur praestare domino servitia militaria, propulsare ipsius injurias, inter pares curiae considere, et in causis feudalibus judicare etc. quae omnia foemineo sexui non conveniunt.

Extenditur inhabilitas haec etiam ad istarum descendentes, ut expresse dicitur *l.* 2. *feud. tit.* 11. et ratio est, quia nepos non debet esse melioris conditionis, quam filia, ex qua descendit. Accedit, quia etiam in his militat causa, ob quam principaliter a successione feudali repelluntur foeminae; nam etiam, qui descendunt ex foemina, gentem, et agnationem, cui feudum concessum est,

non propagant, quippe qui non matris, sed patris sui familiae inseruntur; *l. familiae* 196. §. *foeminarum* 1. *ff. de V. S.* Addidi *regulariter*, *et ordinarie*; non enim omnino successionis feudalis sunt incapaces foeminae. Atque hinc

117

Dub. 1. in quibus feudis succedere possint foeminae, et ab ipsis descendentes? Resp. 1. tale est *feudum foemineum*, tum proprie sumptum, et a foemina primordialiter acquisitum; *l.* 2. *feud. tit.* 50. tum improprie, quo per expressum pactum in investitura successio foeminis concessa est; *tit.* 50. *cit. et l.* 1. *feud. tit.* 1. §. 3. 2. *Feudum haereditarium*; cum enim in hoc succedere possint extranei, non est ratio, quae cogat dicere, quod foeminae, ex familia vocata descendentes, deterioris esse conditionis debeant: censebiturque tunc servitiorum obligatio esse remissa eatenus, ut per substitutum illa praestari valeant, ut contra Struv. *synt. jur. feud. c.* 9. *aphor.* 8. *n.* 4. tradunt Schrader. *p.* 7. *de feud. c.* 3. *n.* 1. Rosenthal. *c.* 7. *concl.* 41. *num.* 23. Strych. *de success. ab intest. dissert.* 1. *c.* 3. §. 5. claris. P. Schm. *simil. tract. p.* 2. *cap.* 3. *n.* 10. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *cap.* 6. *de feud. quaest.* 8. *ad object.* 3. *feudum franchum*, ut Vult. *l.* 1. *de feud. cap.* 9. *n.* 47. Fachin. *l.* 7. *contr. c.* 39. Struv. *l. cit. n.* 2. Stryck. §. 7. *et alii* volunt: quod tamen Bocer. *de success. feud. cap.* 3. *q.* 29. Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 783. et apud hunc Zasius, Schraderus, Rosenthal, Ludvvel, et alii plures consequentius negant, quod in feudo franco cesset quidem una ratio excludens foeminas, puta obligatio ad servitia, maneat vero altera, et principalior, quae consistit in favore, et propagatione familiae secundum dicta *n. praeced.*

118

Porro quoad successionem foeminae in feudo foeminino illud praeprimis notandum, locum ei ad succedendum non esse tamdiu, quamdiu masculus aliquis, licet remotior, ex familia adest, prout patet ex *l.* 2. *feud. tit.* 17. *vers. non etiam*, *tit.* 30. *princ. et tit.* 50. Idem tenendum quoad descendentes ex foemina; semper enim succedunt filii, et nepotes masculi, et his non extantibus, tum primum ad successionem admittuntur foeminae; *tit.* 17. *cit. tit.* 30. *et tit.* 51. §. 3. Vult. *l.* 1. *de feud. c.* 9. *n.* 66. *et seqq.* Hartm. Pistor. *p.* 2. *q.* 35. Struv. *c.* 9 *aphor.* 8. *n.* 5. Carpzov. *p.* 3. *const.* 28. *defin.* 13. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *c.* 6. *de feud. q.* 6. magnif. De Verlohner *de mod. acquir. legal. art.* 7. *q.* 1. *n.* 10. clariss. P. Schm. *p.* 2. *de success. ab intest. c.* 3. *n.* 12. *Excipitur* 1. nisi investitura ita concepta sit, ut foeminae succedant cum mascu-

lis, vel sicut masculi: nam hoc casu simul ad successionem vocantur; Rosenthal *concl.* 41. *n.* 4. Haun. *tom.* 3. *tract.* 9. *n.* 787.

119

Dub. 2. an si foemina semel admissa fuerit ad feudi successionem, nato postea masculo, teneatur id restituere? Affirmat Isernias, Jacobinus de s. Georgio, et Forsterus apud Haun. *tract.* 9. *n.* 790. distinguit Sonsbeck. apud Struv. *aphor.* 8. *n.* 3. an foemina sit investita prius, quam masculus ille in lucem prodierit, an postea: priore casu feudum restituendum asserit; posteriore negat.

Sed melius sine discrimine negant restituendum Hartm. Pistor. *l.* 2. *quaest.* 35. *n.* 8. Struv. *n.* 3. *cit.* Haun. *n.* 790. Engl. *hic n.* 20. magnif. D. Christophorus de Chlingensperg *cap.* 6. *de feud. quaest.* 8. magnif. D. Verlohner *quaest.* 1. *cit. n.* 13. clariss. P. Schmier *cap.* 3. *cit. n.* 14. et faciunt textus; *l.* 2. *feud. tit.* 17. *et tit.* 31. §. *similiter* 3. quibus mater, et matertera propter filium postea natum non excluduntur, sed post mortem demum foeminarum istarum quaestio de successione oritur. *Ratio est*: Vel enim talis foemina jam est investita in feudo; et tunc procedit regula, quod effectus jam in suo esse constitutus non cesset, licet res deveniat ad eum casum, a quo incipere non potuisset; *reg. factum* 73. *in* 6. Vel nondum est investita; et tunc quia foeminae jus successionis non per investituram succedaneam primum quaerendum, sed ex prima investitura quaesitum jam est, illud eidem per supervenientem masculum auferri non potest.

Excipit Vult. *c.* 9. *n.* 79. et recte casum, quo defunctus uxorem praegnantem reliquit, et illa postea filium peperit, nam hoc casu masculus etiam postea natus foeminam excludit a feudo, et ratio est, quia fictione juris is, qui in utero est, pro jam nato habetur, quando de commodo ejusdem agitur; *l. qui in utero* 7. *et* 26. *de stat. hom.*

120

Dub. 3. an feudum, semel ad aliquam lineam devolutum per foeminam, semper in ista linea maneat, ita, ut etiam foeminae illud retineant, non attento masculo in alia linea existente? Resp. negative; quia nempe non admittitur foemina, quamdiu superest masculus a primo accipiente descendens; Hartm. Pistor. *l.* 2. *q.* 35. *n.* 3. Struv. *synt. jur. feud. c.* 9. Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 788. magnif. D. Chrystoph. de Chlingensperg *c.* 6. *de feud. q.* 9. magnif. D. Verlohner *q.* 1. *cit. n.* 13. Atque hinc si vasallus habeat duas filias et prima susceperit filium, altera filiam, filiabus istis, ad quas feudum paternum devolutum fuerat, decedentibus, filius ex una pro-

gnatus succedet non tantum matri suae, sed etiam materterae, exclusa filia, quae ex hac nata est; *l.* 2. *feud. tit.* 17. *et tit.* 51. §. 2. Ratio est, quia etsi filia materterae proximior in linea consanguinitatis sit, haec tamen proximitas non attenditur, nisi inter personas ejusdem sexus, quod sexus masculinus in materia feudorum regulariter potior sit.

121

Quodsi tamen duo fratres feudum novum acquisierint pro se, et haeredibus suis maribus, et in horum defectum etiam foeminis, ea ratione, ut fratres, aliique collaterales sibi invicem succedant, filiae ex una descendentes alium fratrem, ejusque haeredes masculos a successione in parte feudi paterni excludent, ut habetur *l.* 2. *feud. tit.* 18. ubi etiam ratio datur, quia *unusquisque sibi*, *suisque haeredibus* potius, quam collateralibus *prospexisse censetur*, et id tantum in hujusmodi casu voluisse, ut tum demum ad collaterales pars feudi, quae se contingit, devolveretur ad collaterales, si nulli ex suis descendentibus superessent, ut impediretur devolutio ejus ad dominum directum; Haun. *n.* 789.

122

Dub. 4. utrum si foemina per successionem masculi a feudo foeminino semel exclusa est, perpetuo exclusa maneat, ita, ut ne quidem masculis decedentibus, ipsa possit succedere, sed feudum aperiatur domino? Affirmant Gaill. *l.* 2. *obs.* 148. *n.* 1. Schrader. *p.* 7. *c.* 4. *n.* 83. Rosenthal *c.* 7. *concl.* 44. Fachin. *l.* 7. *contr. c.* 45. Klock. *tom.* 2. *cons.* 3. Harppr. *ad princ. inst. de haered. quae ab intest. n.* 196. Knichen. *de pact. invest. p.* 1. *c.* 3. *n.* 38. *et seq.* Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 793. Fundantur 1. textu; *l.* 1. *feud. tit.* 6. §. 1. ubi sic pronuntiatur, *relicto masculo, ulterius foeminae non admittuntur*; est autem dictio *ulterius* adverbium temporis perpetuo exclusivum; *arg. c. cum accessissent* 8. *de const.* 2. Ut dubitatio omnis praescinderetur, *eod. tit.* §. 2. *in fine* additur, *et his omnibus casibus feudum amittitur*, *et ad dominum revertitur*, fuit autem inter casus *tit. cit.* relatos positus casus, quando foemina fuit exclusa: ergo etc. 3. Quia foeminae tantum in defectum masculorum vocantur. Igitur masculis succedentibus, non vocantur amplius; ubi autem nemo est, qui vocetur, feudum redit ad dominum. 4. Quia foeminis jus succedendi in feudis solum conceditur sub conditione, *si deficiant masculi*. Igitur contraria conditione posita, jus hoc exspirabit. 5. Quia etiam cetera jura semel extincta non amplius reviviscunt: ergo nec jus succedendi in feudo.

123

Sed quamvis sententia haec satis communis, et teste Mynsing. *cent.* 5. *obs.* 74. *n.* 8. crebrius recepta sit, in jure tamen verior, et aequitati conformior est negativa, foeminis favorabilis, quam proinde pluribus aliis *cit.* tenet Mynsing. *l. cit.* Sonsbeck. *de feud. p.* 9. *n.* 131. Vult. *cap.* 9. *n.* 51. *et seq.* Heig. *p.* 1. *q.* 26. Struv. *c.* 9. *aphor.* 8. *n.* 6. Hartm. Pistor. *l.* 2. *q.* 36. Stryck. dissert. 1. *c.* 3. §. 4. Vvesenbec. *de feud. c.* 6. *n.* 23. Carpzov. *p.* 3. *constit.* 28. *def.* 15. Konig *hic n.* 40. clariss. P. Schmier *p.* 2. *de success. ab intest. c.* 3. *n.* 24. magnif. D. Christophorus de Chlingensperg *c.* 6. *de feud. q.* 7. magnif. D. Verlohner *de mod. acquir. legal. art.* 7. *q.* 1. *n.* 11. quorum opinionem in locis, ubi contraria consuetudo non est recepta, suadet Rosenthal *de feud. c.* 7. *concl.* 44. *n.* 15. et reipsa sequi etiam videtur curia feudalis patriae nostrae apud illustriss. D. Bar. Schmid. *contr.* 40. *n.* 10. *et duob. seq.* Sumitur 1. ex *l.* 1. *feud. tit.* 8. §. 2. ubi absolute dicitur, quod in feudo foemineo *succedat filia, filiis non extantibus*: cons. non excluditur absolute foemina, sed tantum, quatenus masculi existentia obstat, non autem obstat amplius, filiis, et descendentibus illorum, ac collateralibus masculis per mortem sublatis: ergo tunc ad successionem est admittenda. 2. ex *l.* 2. *feud. tit.* 17. ubi dicitur, *non patere locum foeminae in feudi successione, donec masculus superest.* Igitur eidem patebit locus, quoties non extant masculi; nam adverbium *donec* non penitus removet, sed tantum suspendit jus, ut ex unanimi interpp. opinione colligit Carpzov. *l. cit. n.* 14. 3. ex *l.* 2. *feud. tit.* 18. ubi in casu, quo duo fratres simul investiti sunt eo tenore, ut masculis deficientibus, foeminae, si superessent, feudum haberent, uno istorum decedente, ad successionem admittitur ejus filia, ex ratione; quia acquirens *sibi suisque haeredibus videtur prospexisse*: quae ratio stringit in omni feudo foemineo, favetque foeminis contra dominum directum. 4. jus succedendi foeminae ex investitura competens, non potest eidem, nisi ex legitima causa, auferri, talis autem non est exigentia masculi, utpote quae solum tamdiu operatur, quamdiu masculus existit, et hoc deficiente, effectum quoque suum amittit: ergo etc. 5. sic eveniret, ut si quis habens filios, et filias, feudum pro descendentibus utriusque sexus acquireret, nunquam filiae possent succedere, utpote quae ab initio statim a filiis excludi deberent, et juxta doctrinam adversae sententiae in perpetuum exclusae persisterent.

124

Neque contrarium probant argumenta opposita. *Ad* 1. textus ille accipiendus est in terminis habilibus, et ita, ut concordet cum tex-

in 2. *feud. tit.* 17. ubi foemina solum excluditur, *donec masculus superest*, et sic pariet hunc sensum: *Relicto masculo*, *ulterius foeminae non admittuntur*, quamdiu masculus superest. *Ad* 2. verba illa non debent referri ad §. 1. sed ad §. 2. ubi a successione in feudo excluditur mutus, ita, ut sensus sit: Quod in omnibus casibus, quibus successurus in feudo est mutus, alio sc. successore non existente, feudum ad dominum revertatur. *Ad* 3. et duo sequentia argumenta, distinguendum est inter actum successionis, et jus succedendi. Ab actu successionis excluditur foemina per successorem masculum, et manet ab illa successione actuali, quae defertur masculo, nunquam non exclusa. At vero a jure succedendi, quod per investituram antehac acquisitum est foeminae, non excluditur, sed illud intactum retinet, usque dum masculi, qui primatum in successione tenent, extinguantur, eo fere modo, quo excluduntur agnati remotiores per existentiam proximiorum, ne his existentibus possint actu succedere, per hoc tamen jus succedendi non perdunt, sed retinent, tunc actuandum, quando propinquior nullus adfuerit.

125

Quaeritur 4. an clerici, et religiosi succedant in feudo? Negativam defendunt Menoch. *de arbitr. l.* 2. *cas.* 231. Bocer. *tr. de success. in feud. c.* 3. *quaest.* 23. Schrader. *tr. de feud. p.* 7. *c.* 5. Rosental *c.* 7. *concl.* 29. Struv. *synt. jur. feud. c.* 9. *aphor.* 9. Hartm. Pistor. *l.* 2. *q.* 33. Vult. *l.* 1. *c.* 9. *n.* 142. Berlich. *l.* 3. *concl.* 39. *n.* 10. Gottofred. *disp. feud.* 6. *th. lit. F. et th.* 9. *lit. D.* Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 752. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg. *c.* 6. *de feud. q.* 18. magnif. D. Vverlohner. *de mod. acquir. legal. art.* 7. *q.* 1. *n.* 15. clariss. P. Schmier *p.* 2. *de success. ab intest. c.* 3. *n.* 35. aliique plurimi, quorum sat longum catalogum recitat Berlich. *l. cit. n.* 5. et camerae imp. praxi confirmat Mynsing. *cent.* 5. *obs.* 48. Eandem sententiam, jure feudali spectato, veram regulariter existimat Pirh. *hic n.* 21. Nititur sententia, haec duplici fundamento, quorum *unum* sumit ex textibus feudalibus, allegatis *supra n.* 77. per quos clerici, et religiosi, quia milites saeculi esse desierunt, feudorum laicalium incapaces, pronuntiantur; *alterum* ex ratione, quod iidem ad servitia, ratione feudi debita, sint inhabiles.

126

Affirmativam propugnant Clar. §. *feudum p.* 78. *n.* 3. Rosenthal. *cap.* 3. *concl.* 3. *et duabus seq.* Fachin. *l.* 7. *contr. c.* 34. *in fin.* Less. *l.* 2. *de just. c.* 41. *n.* 84. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 24. *n.* 10. *vers. quarto*, Konig *hic n.* 30. Vviest. *n.* 49. eamque de jure canonico veram existimat Pirh. *l. cit. n.* 23. Fundantur maxime in textibus utriusque juris, juxta quos, ut *n.* 78. ostendi, clerici, et re-

ligiosi sunt capaces recipiendi feudum, etiam saeculare : atqui si capaces sunt recipiendi, etiam capaces sunt succedendi, nisi jus, aut ratio excludat : quorum tamen neutrum contingit : non jus; quia ex juris textibus, si aliquid probaretur, probaretur omnimoda illorum incapacitas : non ratio; quia ex hac solum ostenditur, quod succedere non possint in feudo exigente servitium cum statu ecclesiastico incompatibile.

127

Ergo, quia *n.* 79. negantis sententiae fundamenta jam dissolvi, et *n.* 78. clericos, an religiosos feudorum capaces esse suo modo asserui, circa praesentem controversiam *judico* 1. textus, qui successionis feudalis clericos, et religiosos incapaces efficiunt, non comprehendere clericos, in minoribus dumtaxat constitutos, saltem si beneficium ecclesiasticum nullum habeant; nec religiosos simplicibus solum votis affectos, qui ex religione dimitti, et ad saeculum redire possunt, nisi speciales religionis, cui adlecti sunt, constitutiones eosdem incapaces ad succedendum efficiant. *Ratio est*, quia de hujusmodi clericis, et religiosis jus non loquitur; alias, si quod ante habuissent feudum, illud per susceptionem ordinum minorum, aut emissionem talium votorum amitterent, quod est falsum, et contra certam praxim, teste Haun. *tom.* 3. *de J. et J. tr.* 9. *n.* 752. *vers. de iisdem.*

128

Judico 2. quoad clericos in sacris constitutos, et religiosos professos observandam esse consuetudinem legitime introductam. Hodiernis moribus imperii in re hac curiae feudales variant. In Germania nostra personae illustres, ad clericatum promotae, successionis feudalis capaces sunt, ut notat Rosenthal *l. cit. n.* 8. et in specie canonici, ut aliis *cit.* advertit magnif. D. Christoph. de Chlingensperg. *cap.* 6. *de feud. q.* 18.

Excipe, nisi feudi natura clericos, et religiosos a successione excludat. Et talia censentur esse 1. quae exigunt servitium personale, a statu clericali, vel religioso alienum, nisi illud praestari per substitutum possit; Leur. *p.* 2. *for. benef. q.* 643. *n.* 3. Petra *tom.* 1. *comment. fol.* 442. *n.* 24. *et seq.* Pirh. *n.* 24. *hic* Vviest. *n.* 50. 2. quae exigunt servitium incertum; quia in his electa censetur industria personae; Abb. *in c.* 8. *de prob. n.* 69. Sanch. *l.* 7. *mor. c.* 11. *n.* 44. Vviest. *n.* 53. 3. quibus regia, ducalis, vel alia ejusmodi dignitas, et jurisdictio temporalis est annexa; quia quoad haec *auth. ingressi C. de ss. eccl.* ubi bona professi monasterio addicuntur, contraria variorum regnorum consuetudine est temperata; Molin. *tr.* 2. *D.* 140. *n.* 15. Sanch *n.* 44. *cit.* Petra *n.* 14. 4. quae

clausulam in prima concessione appositam habent, qua monasterium excluditur; haec enim clausula, cum familiae conservationem, finem utique honestum spectet, servanda est: et hinc tali casu feudum non ad monasterium, sed ad proximos agnatos devolvetur; Molin. *l. cit. n.* 15. Sanch. *n.* 40. Vviest. *n.* 52.

129

Judico 3. etiam praescindendo a particularibus consuetudinibus, et statutis, generatim clericos, ac religiosos recipere posse 1. feuda, de quibus in prima sui constitutione, consuetudine, vel statuto cautum est, ut clericus, vel religiosus in illis succedat. 2. feuda franca, et quae nullum servitium exigunt 3. quae servitium quidem exigunt, sed tale, quod etiam a persona ecclesiastica praestari possit. 4. quae exigunt quidem servitium militare, sed ita, ut praestare illud vasallus per substitutum possit. 5. quando feudum est foemineum, vel proprie, vel improprie. 6. quando est haereditarium, nec pro agnatis solum, sed etiam pro extraneis constitutum; nam in his omnibus rationes excludendi clericos, et religiosos cessant; Rosenthal. *c.* 7. *concl.* 30. *per totam*, Schrader. *p.* 7. *c.* 5. *n.* 30. Vult. *cap.* 9. *a n.* 135. Haun. *n.* 752. *cit. vers. quidquid*, clariss. P. Schmier *p.* 2. *de success. ab intest. c.* 3. *n.* 37.

130

Dub. 1. quando religiosus professus succedere possit in feudo? Resp. cum distinctione: Vel enim monasterium, aut religio, in qua ille professionem emisit, successionis in bona temporalia incapax est, vel est ejusdem capax. *Si primum*, neque religiosus, neque religio, vel monasterium succedit in feudum, sed illud ad agnatos, qui ad feudum sunt vocati, devolvitur, vel his dificientibus, ad dominum redit. *Si secundum*, feudum ad se devolutum professus, cum ipse per professionem jurium ejusmodi factus sit incapax, in monasterium transfert, vel religionem, quam profitetur, prout colligitur ex *auth. ingressi C. de ss. eccl.* ubi bona professi generaliter addicuntur monasterio.

131

Porro monasterium, vel religio, quamdiu professus ejusmodi, cujus respectu feudum in eam translatum est, vivit, utilitatem omnem ex eo recipit: professo autem mortuo, feudum ad proximos agnatos, vel eos, qui ex tenore investiturae ad id vocantur, devolvitur, vel si ex his nemo superstes sit, ad dominum directum redit; Molin. *tr.* 2. *D.* 140. *n.* 15. Sanch. *l.* 7. *moral. c.* 15. *n.* 36. *et* 46. Less. *l.* 2. *de J. et J. cap.* 41. *n.* 84. *vers. quinto*, Pirh. *hic n.* 25. Vviest. *Excipitur*, nisi sit feudum paternum simpliciter haereditarium, quod ad omnes haeredes transit, et est instar proprietatis; hoc enim

post mortem vasalli ad monasterium in perpetuum transit, ut ex communi docet Felin. *in c.* 8. *de probat. n.* 48. nisi aliter statuto, vel consuetudine introductum sit.

132

Dub. 2. an ob delictum praelati, vel alterius clerici beneficiarii, cui secundum leges feudorum poena privationis decreta est, feudum amittat ecclesia? Resp. cum distinctione: Vel enim feudum hujusmodi pertinet ad mensam solius praelati delinquentis, vel ad solum capitulum, vel communiter simul ad praelatum, et capitulum.

Si primum, ob crimen praelati privatione dignum ecclesia non amittit feudum absolute; quia delictum personae non debet in ecclesiae detrimentum redundare, juxta *reg.* 76. *in* 6. quamdiu tamen praelatus delinquens vivit, et in administratione est, quoad omnium fructuum perceptionem feudum redit ad dominum directum, etiam laicum, iisque privatur praelatus; eo autem mortuo, vel deposito, dominium utile, sive fructus revertuntur ad successorem in praelatura, ut expresse habetur *l.* 2. *feud. tit.* 40. §. *item si*, et docet Rosenthal *cap.* 10. *concl.* 3. *n.* 3. Gonz. *in c. fin. hoc tit. n.* 11. Pirh. *hic n.* 14. Scamb. *n.* 4.

Si secundum, et feudum pertineat ad solum capitulum, delictum praelati ipsi non nocet, nisi ejusdem delicti etiam ipsum sit particeps; Pirh. *l. cit.*

133

Si tertium, et feudum communiter simul ad praelatum, et capitulum spectet, videndum, an solus praelatus deliquerit, vel an simul etiam delicti particeps sit capitulum. *Si praelatus deliquit solus*, fructus amittentur tantum quoad partem, quae praelato competit; quia in re dividua, quales sunt fructus feudi, nec innocens ob societatem delinquentis damnum, nec delinquens ex societate innocentis commodum referre debet. Si vero non solus praelatus deliquit, sed delicti etiam particeps sit capitulum, utrique quidem, dum vivunt, privabuntur fructibus feudi, iis tamen mortuis, vel amotis, feudum, sive ejus fructus, et commoditates ad ecclesiam, seu praelatum, et capitulares illorum successores redibunt, prout colligitur ex §. *item si cit.* et probat ratio; nam ecclesia delictum non commisit. *Neque obstat*, quod acta praelato, et capitulo censeantur acta ab ipsa ecclesia; nam hoc procedit solum, quando non nimium inde exsurgit praejudicium, quod tamen exsurgeret, si ecclesia ab delictum, commissum a praelato, et capitulo, in perpetuum privaretur feudo; quia sic subtraherentur paulatim alimenta ministris ejusdem, nec amplius haberet illa, ex quo refici ejusdem fabrica, reparari altaria etc. possent.

134

Dub. 3. quid censendum de clerico in sacris constituto, qui ex dispensatione pontificis matrimonium contrahit, et de regulari professo, qui ex simili dispensatione redit ad saeculum, an per hoc restituatur ipsi capacitas succedendi in feudis, in quibus ratione status clericalis, vel religiosi antea non potuit succedere? Resp. Hic distinguendum est inter feuda ante dispensationem obtentam aperta, et devoluta, et inter ea, quae post obtentam dispensationem aperiuntur, et devolvuntur. *In prioribus* ita dispensatus non potest succedere; quia in his jam jus agnatis quaesitum est, quod per dispensationem non adimitur. *Quoad posteriora* jus succedendi recuperat; quia sic dispensatus quoad omnia aequiparatur laico, et horum juribus utitur; Haun. *to.* 3. *tr.* 9. *n.* 751. *vers. illud indubitatum*

135

Quaeritur 5. quis ordo servandus inter succedentes in feudo? Resp. Ad successionem in feudo primo loco, et ordine vocantur descendentes, seu liberi defuncti vasalli, quo nomine veniunt ejusdem nepotes pronepotes etc. in infinitum 2. his deficientibus, si feudum antiquum sit, succedunt collaterales, descendentes ex primo acquirentes, exclusis collateralibus primi acquirentis, et iis, qui ex his descendunt; quia primus acquirens *sibi suisque haeredibus videtur prospexisse,* ut dicitur *l.* 2. *t.* 18. 3. Deficientibus collateralibus, ex primo acquirente descendentibus, nisi aliter in prima feudi constitutione cautum sit, feudum ad dominum directum redit.

Ex quo sequitur, successionem conjugum in feudo regulariter nullam esse; *l.* 1. *feud. tit.* 15. *et l.* 2. *feud. tit.* 13. quoniam ex sanguine primi acquirentis non ducunt originem. *Excipitur* 1. nisi simul sint investiti in tali feudo; *tit.* 15. *cit.* 2. nisi feudum sit haereditarium; in hoc enim, cum in illo admittantur etiam extranei, succedere conjuges non prohibentur; Rosenth. *c.* 7. *de feud. concl.* 60. *n.* 16. 3. nisi successio per speciale pactum, consuetudinem, aut statutum conjugibus fuerit reservata; Stryck. *de succes. ab intest. dissert.* 4. *c.* 2. §. 6. *et* 7.

Multo minus jus succedendi in feudo conceditur fisco, nisi dominus directus simul jus fisci habeat, vel omnes agnati una cum domino directo obierint; quia ubi haeredes feudales deficiunt, cum dominio directo consolidatur feudum, ut supra dixi, et notat Stryck, *dissert.* 5. *c.* 2. §. 2. *et* 3. ubi aliquot exceptiones ab hac regula communi addit, quae apud ipsum videri possunt.

136

Dub. 1. quid observandum in descendentium successione? Resp. Circa hos tres statui regulae solent. *Prima est*, quod descendentes

succedant omnes etiam emancipati, et ex alio matrimonio geniti. Neque refert, an haeredes sint, vel non sint: ubi tamen distinguendum est, an sponte repudiarint haereditatem, an a patre exhaeredati sint; nam priores juxta *n.* 115, ad successionem in feudo non admittuntur, admittuntur posteriores, et quidem, ut plures volunt, etiamsi juste exhaeredati sint, quod defunctus de feudo per ultimam voluntatem disponere nihil possit, cum istud a domino, non a patre accipiat filius; Haun. *to.* 3. *tr.* 9. *n.* 755. *et seq.*

2. Si plures sint liberi ejusdem gradus, succedunt in capita, seu partes aequales, adeo, ut nulla parentum inaequalis dispositio subsistat, etiamsi dominus consentiat; *l.* 1. *feud. t.* 8. Si vero concurrant diversi gradus; puta, filii, et nepotes, hi cum illis jure repraesentationis admittuntur in stirpes; *l.* 2. *feud. t.* 11. Extenditur hoc jus repraesentationis non tantum ad nepotes, et pronepotes, sed ad omnes descendentes in infinitum; *l.* 1. *feud. t.* 1. §. *hoc quoque, et l.* 2. *t.* 50.

137

3. Si plures sint liberi, qui simul vocantur ad feudum, in arbitrio illorum est, an velint feudum communiter retinere, an inter se dividere, vel etiam uni relinquere, qui alia iis ratione satisfaciat; *l.* 2. *feud. t.* 50. *et* 55. §. 1. *vers. praeterea*, Hartm. Pistor. *l.* 2. *q.* 19. *n.* 94. Struv. *synt. jur. feud. c.* 9. *aph.* 5. *n.* 4. Rosenth. *c.* 9. *concl.* 55. *n.* 1. *et* 2. Carpz. *p.* 3. *const.* 29. *defin.* 15. *n.* 7. magnif. D. Christoph. de Chling. *c.* 6. *de feud. q.* 13. claris. P. Schm. *p.* 2. *de success. ab intest. c.* 3. *n.* 41.

Excipiuntur feuda regalia, ut sunt regnum, ducatus, marchionatus, in quibus divisio propter familiarium illustrium splendorem, et dignitatem, nec non imperii utilitatem est prohibita, sed ea penes primogenitum servari jubentur; *vers. praeterea cit.* et de electoratibus specialiter cautum est *in bullar. aur. t.* 7. *et* 24. Et hoc casu secundo, et ulteriore loco geniti titulum quidem integrum, item principatus insignia, et dignitatem cum spe successionis retinent, nullam tamen ducatus, vel principatus partem consequuntur, sed primogenitis, ut condecenter statui suo possint vivere, certam illius portionem, quam vulgo *appanagium* vocant, assignare debet; Rosenthal *concl.* 55. *cit. n.* 11. Struv. *aphor.* 5. *n.* 5. Stryck *c.* 3. §. 15. *et duob. seq.* P. Schm. *n.* 44.

138

Regularibus feudis, quae, ut modo dictum, divisionem non recipiunt, addi debent quaedam alia feuda nobilium, in quibus ex pacto inductum est, ut in iisdem succedat senior familiae, et vocantur *ambgehende lehen* Struv. *n.* 5. *cit.*

Illud hic controversum inter DD. est, an casu, quo princeps decedit, relinquens ex primogenito nepotem, et simul secundo genitum filium, iste excludat nepotem ex primogenito fratre, an vero ab hoc excludatur. Communior sententia cum Fach. *lib.* 7. *contr. c.* 2. Rosenth. *cap.* 7. *concl.* 26. *n.* 13. Haun. *to.* 3. *tr.* 9. *n.* 762. praefert nepotem ex primogenito, ex triplici ratione 1. quia pater, et filius natura eadem persona esse censentur, et cons. nepos perinde habendus est, ac haberetur pater illius primogenitus, si viveret. 2. quia nepos, sicut jure communi succedit in locum patris, ita etiam jure feudorum 3. quia in successione electorali expresse ita statutum est *in bull. aur. Carol. IV. c.* 7.

139

Dub. 2. quo ordine, et modo in feudo succedant collaterales? Resp. Hic distinguendum est, an feudum de cujus successione agitur, sit novum, an antiquum. *Si novum est*, in eo collaterales vasalli qui illud acquisivit, non succedunt, sed hoc sine descendentibus mortuo, feudum ad dominum directum redit, nisi aliter in investitura expressum sit; *l.* 1. *feud. t.* 1. §. 2. *t.* 20. *et l.* 2. *feud. t.* 11. *et* 50. Idque verum est, licet in eodem feudo novo duo fratres simul investiantur; quia investitura simultanea per se, et secluso alio speciali pacto jus ad successionem non tribuit: cons, uno ex illis mortuo sine liberis, non succedet alter frater, sed pars defuncti revertetur ad dominum; *l.* 1. *feud. t.* 1. §. 2. *Excipitur*, nisi feudum novum concessum sit cum jure, et praerogativa antiqui, nam in hoc collaterales primi acquirentis sine descendentibus decedentis, succedunt, ut contra nonnullos tenet communior ceterorum: et ratio est, quia hoc jus est feudi antiqui, ut admittat collaterales vasalli decedentis; igitur cum tale feudum concessum ponatur cum jure antiqui etiam ipsum collaterales vasalli decedentis admittet; Struv. *synt. jur. feud. c.* 9. *aphor* 4. *a n.* 1.

140

Si vero feudum antiquum sit, deficientibus liberis, jure feudali primo loco vocantur fratres defuncti: circa quos sequentes regulae observandae sunt.

1. Si feudum paternum sit, perinde est, an fratres isti germani sint, an consanguinei tantum; cum enim et hi non minus ac germani a primo acquirente descendant idemque nomen, et insignia participent germanis quoad successionem in feudis aequiparantur; *arg. t.* 11. §. *his vero deficientibus l.* 2. *feud.* Gail. *l.* 2. *obs.* 151. *n.* 1. Rosent. *de feud. c.* 7. *concl.* 57. *n.* 1. Schrad. *p.* 7. *c.* 7. *n.* 14. et novissime electus universitatis salisburgensis rector magnificus P. Franc. Schmier *p.* 2. *de succes. ab intest. c.* 3. *n.* 58. Uterini fratres

a successione per fratres germanos, et consanguineos excluduntur; quia in feudis sola agnatio spectatur; *l.* 2. *feud. t.* 11. mag. D. Christop. de Chlingesp. *c.* 6. *de feud. q.* 15. mag. D. Vverlohner *de mod. acquir. leg. art.* 7. *q.* 2. *n.* 2. P. Konig *hic n.* 42. *cum supra cit.* Procedit hoc maxime in feudo masculino; nam in foeminino subinde consanguineum fratrem excludit uterinus. Casus potest esse iste: Titius ex primo matrimonio suscepit filium Cajum ex Bertha conjuge; hac mortua, ducit Liviam viduam, quae ex priori matrimonio suo habet filios Sempronium, et Mœvium, et ex Titio insuper suscipit duos alios filios, Cornelium, et Fabium: hoc casu in feudo Liviae fæminino, ipsa defuncta, succedunt Cornelius, et Fabius germani cum Sempronio, et Mœvio uterinis; illis autem mortuis, hi duo soli, excluso Cajo consanguineo; Struv. *c.* 9. *aphor.* 4.

141

2. Si soli sunt fratres, qui ad successionem vocantur, succedunt in capita; si cum iisdem concurrant unius, vel plurium praedefunctorum fratrum liberi, hi cum patruis suis succedunt in stirpes secundum jus repraesentationis; *l.* 2. *feud. t.* 11. Et verum est hoc non solum in feudo haereditario, ut, nonnulli putant, sed etiam in feudo ex pacto, et providentia, ut rectius alii, quorum sententia etiam, teste Haun. *to.* 3. *tr.* 9. *n.* 774. observatur in praxi; quia nec jus commune, nec feudale distinguit. Quodsi tamen nulli supersunt fratres, sed soli liberi fratrum, absque concursu patruorum, vocentur, non in stirpes, sed in capita omnes succedunt: quia non jure repraesentationis veniunt, sed quilibet jure proprio; Myns. *cent.* 3. *obs.* 94. Vult. *c.* 9. *n.* 244. Rosenth. *c.* 7. *concl.* 56. *n.* 8. Struv. *c.* 9. *aphor.* 6. Haun. *to.* 3. *tr.* 9. *n.* 774. magnificus. D. Verlohner *q.* 2. *cit.* 8. clariss. P. Schmier *num.* 59. et sua authoritate confirmavit Carolus V. in comitiis spirensibus anno 1529. et practicatur in camera, teste Mynsing. *l. cit. in fin.*

142

3. Si praeter liberos fratrum, his praemortuis, adsit superstes propatruus, vel patruus magnus unus, vel plures hujusmodi liberorum, succedunt soli, isto, vel istis exclusis, jure concesso per *novell.* 128. *c.* 3. qua in successione collateralium fratribus, et eorum liberis primus locus a Justiniano attributus est: quae proinde constitutio, cum per jus feudale restricta non sit, etiam observari debebit in successione feudali. *Neque* obstat, quod propatruus, seu frater avi propinquior sit defuncto, quam nepotes fratrum; quia ut *infra n.* 144. dicam, in jure feudali non unice vicinitas graduum, sed ratio stirpis, et lineae attenditur, propinquior autem defuncti

lineae est linea, in qua consistunt nepotes fratrum; quam in qua consistunt propatrui illorum; ergo etc. Haun. *tr.* 9. *cit. n.* 775.

143

Dub. 3. quinam succedant in feudo, deficientibus fratribus, et horum liberis? Resp. Si feudum antiquum sit, istis deficientibus succedunt collaterales reliqui, descendentes a primo acquirente; *l.* 2. *feud. tit.* 11. circa quorum successionem sequentes iterum observandae sunt regulae.

1. Ex collateralibus ceteris, si fratres, horumque liberi omnino deficiunt, succedunt soli agnati, si tales adsint; si non adsint, et feudum sit foemineum, etiam cognati, ut *supra num.* 140. dictum est de fratribus. Inter agnatos autem ii, qui propinquiores sunt gradu, et linea, praeferuntur remotioribus: quae propinquitas non a primo acquirente, (sic enim nec ultimi vasalli liberi, nec fratres, nec alii collaterales, eandem cum ipso lineam tenentes primas partes in successione haberent) sed ut sincerior, et juri feudali *l.* 2. *feud. tit.* 11. *tit.* 37. *et tit.* 50. propinquior sententia tenet, ab ultimo possessore, seu vasallo est mensuranda; Rosenthal *c.* 7. *conclus.* 57. *num.* 10. Scrader. *p.* 7. *cap.* 7. *num.* 19. Vult. *c.* 9. *num.* 112. Acquirre. *in consult. besold. p.* 1. *apol. num.*6. D. Castillo *quot. jur. contr. l.* 3. *c.* 19. *num.* 140. Struv. *de feud. c.* 9. *aphor.* 7. magnif. D. Cristoph. de Chlingensperg *capit.* 6. *de feud. q.* 16. magnif. D. Verlohner *de mod. acquir. leg. art.* 7. *q.* 2. *n.* 3. magnif. p. Franciscus Schmier *c.* 3. *cit. n.* 61.

144

2. Ut iidem succedere possint in feudo, non sufficit propinquitas sola gradus, sed ut receptior feudistarum sententia docet, requiritur etiam propinquitas lineae *l.* 2. *feud. tit.* 50. *in fin.* ubi notandum, inter ascendentes, et descendentes unam, eandemque esse lineam. Inter collaterales autem primum sortiuntur locum, qui descendunt a patre vasalli ultimi, seu fratres ejusdem vasalli, horumque descendentes; secundum, qui ortum habent ab avo ejusdem, quales sunt ejusdem patrui, horumque liberi; tertium, qui originem trahunt ab illius proavo, uti sunt ejus propatrui, seu patrui magni, et horum posteri: et sic deinceps in infinitum. Explico rem per exemplum, quod dat Struvius *synt. jur. feud. c.* 9. *aphor.* 7. Cornelius vasallus duos reliquit filios, Maevium, et Sempronium: ut haereditatis divisione Maevius sortitur feudum, qui pariter duos suscepit filios, Petrum, et Paulum: Petrus moritur ante patrem, suscepto filio Joanne: unde ad Paulum, Maevio pariter mortuo, feudum devolvitur, qui et ipse paulo post decedit, nullis relictis liberis: inter agnatos ejus superstites existunt Petri ex Joan-

ne filio nepos, et Pauli patruus Sempronius. Hic, etsi gradu propinquior sit Paulo, quia tamen remotior linea est, excluditur a Petri nepote. Et hinc sequitur regula.

145

Quando feudum unam semel ingressum est lineam, in eadem non terminatur, nisi haec ipsa in ultimo possessore extincta sit; Hartm. Pistor. *l.* 2. *q.* 19. *a n.* 25. Knichen. *de investit. pact· p.* 3. *c.* 3. *n.* 41. Struv. *c.* 9. *aphor.* 7. magnif. D. Christoph. de Chlingesperg *c.* 6. *cit. q.* 11. magnif. D. Verlohner *q.* 2. *n.* 5. Ratio fundatur tum in investitura, quae ordinarie investitum, et omnes ejus descendentes complectitur, ut adeo non antea recurrendum sit ad collaterales, quam linea, cujus principium investitum est, extinguatur; tum vero etiam in eo, quod qui in divisionem paternam, consensit, ut feudum obtingat alteri, hoc ipso juri suo renuntiasse, et illud in alterum una cum descendentibus transtulisse censeatur tamdiu, quamdiu aliquis ex istis superest.

§. V.

De renovatione, alienatione, et amissione feudi.

SUMMARIUM

146 *Investiturae renovatio petitur, mutata vel persona domini, vel vasalli.*
147 *Qualis haec mutatio esse debeat ex parte domini?*
148 *Qualis ex parte vasalli?*
149 *Intra quod tempus peti renovatio investiturae debeat?*
150 *Quid praestari in renovatione investiturae a vasallo debeat?*
151 *Quotuplex relevium de jure bavarico solvi debeat in prioris vasalli morte?*
152 *An et quomodo vasallus possit alienare feudum?*
153 154 *An, et in quo feudo præter consensum domini ad alienationem feudi requiratur consensus agnatorum?*
155 156 *Quod jus competat agnatis, quorum consensu non requisito, vasallus alienavit feudum?*
157 158 *An jus revocandi feudum male alienatum, quod agnati habent, etiam filiis competat?*
159 160 161 *Qualis debeat esse consensus domini, et agnatorum, espressus, an tacitus?*
162 163 *Quid hic nomine alienationis veniat?*
164 *An vicissim, quando dominus vult alienare dominium directum, opus habeat consensu vasalli?*
165 *An si dominus a vasallo accipiat feudum in pignus teneatur fructus computare in sortem?*
166 *Respondetur negative.*
167 *Exceptiones.*
168 *Respondetur ad argumentum oppositum.*
169 170 *Idem dicendum, quando domino emphyteutæ in pignus dedit rem emphyteuticam.*
171 *Feudum finitur ex triplici capite, nempe vel ex re ipsa,*
172 *Vel ex persona domini,*
173 *Vel ex persona vasalli: quod fit vel sine culpa,*
174 *Vel cum culpa, aut committendo*
175 *Aut omittendo.*
176 *Casus, in quibus non amittitur feudum ob non petitam suo tempore renovationem investituræ.*
177 *Ut ob alienationem amittatur feudum, requiritur traditio.*
178 *Sufficit tamen ficta.*
179 *An vasallus, a pena caducitatis excusetur, si feudum male alienatum in continenti recuperet?*
180 *Praefertur sententia negativa.*
181 *Respondetur ad argumenta opposita.*
182 *An feudum male alienatum a tertio bonae fidei possessore praescribi possit?*
183 *Defenditur sententia affirmans.*
184 *Explicantur textus allegati in contrarium.*
185 *An casibus hactenus relatis feudum amittatur ipso jure, an per sententiam condemnatoriam?*
186 *Deciditur esse opus sententia.*
187 *Exceptiones.*
188 *Solvuntur argumenta.*

146

Quaeritur 1. quando peti investiturae renovatio in feudo debeat? Resp. Peti debet in duplici casu, quando sc. mutatur persona domini, et quando mutatur persona vasalli. Mutata persona domini renovatio investiturae petitur, ut appareat, quod dominus, qui succedit, agnoscatur a vasallo; vasalli persona mutata autem, ut ostendat, quod successionem in feudum recognoscat a domino. In quo dispar est ratio contractus feudalis a ceteris contractibus, qui active, et passive in haeredes transeunt, neque opus renovatione habent. Et ratio diversitatis est, quia cum in feudis, ut *n.* 99. dictum est, primitus non obtineret successio, postea illa concessa est cum obligatione petendi renovationem in duplici memorato casu; quod onus contractus alii sibi annexum non habent; Rosenthal *de feud. c.* 6. *concil.* 29. *n.* 5. Estque hoc verum etiam casu, quo juramentum fidelitatis in casibus memoratis remittitur; nihilominus enim renovatio investiturae petenda est, nisi et haec remissa sit, prout remitti potest; Knichen *de pacti9n. invest. p.* 3. *c.* 4. *n.* 29.

147

Dub. 1. quomodo mutari persona domini debeat, ut opus sit renovatione investiturae? Resp. Peti debet haec renovatio, sive persona domini mutetur per mortem, sive per alienationem dominii directi, hoc in aliam personam translato; Besold. *thes. pract. V. Lehens Jorderung.* Estque hoc verum etiam casu, quo fratres, qui dum in communione bonorum vixerunt, simul investiti fuere, postea bona dividunt, ita, ut cuivis illorum certa obtingant feuda; quia in locum plurium succedit unus feudi dominus, et divisio ad alienationem pertinet; *arg. l. divisionem* 1. *C. comm. utriusque judic.* Hartm. Pistor. *sing. obs.* 186. Carpz. *p.* 2. *const.* 45 *def.* 26. *n.* 11. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *c.* 7. *de feud. qu.* 2. Quodsi ex pluribus dominis, in communione viventibus, moriatur unus, distinguendum est, an iste post se relinquat liberos, vel non; nam priori casu peti a vasallo investitura debet, et juramentum fidelitatis praestari; quia eatenus mutatur persona domini: in posteriori, cum superstitibus fidelitas jam sit jurata, juramento novo per

mortem unius non est opus, quamvis renovatio investiturae quoad illam partem, in quam succedunt superstites, vel saltem declaratio, qua vasallus a ceteris hanc nunc recognoscere fatetur, recte fiat; magnif. D. Christoph. de Chlingensperg. *l. cit. q.* 4.

148

Dub. 2. quenam mutatio sufficiat ex parte vasalli, ut peti renovatio investiturae debeat? Resp. Triplex refertur casus 1. Quando vasallus moritur, et alius eidem succedit; *l.* 2. *feud. tit.* 40. Collegia, civitates, universitates habentes feuda, quia non moriuntur, solent constituere vicarium feudi vulgo *einen Lehentrager*, ad cujus mortem investitura renovatur, vel certum iisdem tempus praefigitur, quo elapso renovationem investiturae petant, et praestanda praestent. 2. Quando vasallus utile dominium alienat, illudque in alium transfert; *arg. l.* 1. *feud. tit.* 34. *et tit.* 38. Quod procedit etiam casu, quo filii, succedentes in patris feudis, et simul in his investiti, illa denique inter se dividunt; quia post hujusmodi divisionem totum incipit habere unus, in quo antea solum habebat partem: adeoque vere alienatio, et mutatio contingit ex parte vasalli; Hartm. Pistor. *q.* 47. *n.* 13. 3. Si vasallus ob feloniam privetur feudo, et hoc devolvatur ad agnatos; Struv. *c.* 10. *aphor.* 3. *in fin.*

149

Dub. 3. intra quod tempus petenda sit investiturae renovatio? Resp. In feudo novo tempus eam petendi est arbitrarium, adeoque vasallus exspectare debet, donec a domino ad eam accipiendam vocetur; Vvesenbech. *de feud. c.* 7. *n.* 2. Vvult. *c.* 7. *n.* 21. Konig *hic n.* 44. In feudo antiquo autem, si paganus sit vasallus novus, petere illam debet intra annum, et diem; *l.* 2. *feud. tit.* 40. *tit.* 52. §. *ult. et tit.* 55. *pr.* Si miles intra annum, et mensem; *l.* 1. *feud. tit.* 22. Et currere hoc tempus incipit ex eo tempore, quo primo vasallus comperit, aut feudum sibi delatum, aut domino mortuo alium successisse; *arg. l.* 2. *feud. tit.* 9. §. *donare.* Bocer. *de invest. feud. c. ult. n.* 8. magnif. D. de Chlingensperg *cap.* 7. *de feud. q.* 9. Quodsi intra hoc, absque legitima causa, non petatur renovatio investiturae, vasallus privatur feudo, ut *infra n.* 179. dicetur, et feudum ita commissum ad dominum quamdiu vasallus, et ejus liberi vivunt, postea vero ad agnatos revertitur; *l.* 2. *feud. tit.* 24. *et tit.* 55. Quodsi dominus vasallum, ubi debito modo, tempore, et loco investituram petiit, recuset investire, vasallus contra ipsum condictionem, seu actionem feudalem habet eo fere modo, quo actio empti, et venditi ex contractu emptionis venditionis emptori, et venditori competit.

150

Dub. 4. quid praestari in renovatione investiturae a vasallo debeat? Resp. Praestari debet juramentum fidelitatis, nisi hoc a domino relaxetur. In bursaticis etiam datur *relevium*, vulgo *Lehenraich*: quod aliquando est pars decima; aliquando vigesima, ut in Bavaria, ubi eo nomine solvuntur 5. pro 100. secundum dicta *n.* 41. Praestatur, mutato domino feudali per mortem, non vero per alienationem dominii directi, ne si hoc etiam casu solvi deberet, hac ratione detur dominis ansa repetitis alienationibus vasallos flagellandi, et emungendi; Hartm. Pistor. *l.* 2. *q.* 50. *n.* 60. Balthas. *ad statut. bavar. tit.* 12. *art.* 8. *resol.* 5. *n.* 37. magnif. D. de Chlingensperg *cap. de feud. q.* 4. *ad object.* 4. Ex parte vasalli, ut propterea relevium praestari debeat; de jure bavarico; *Landrecht tit.* 12. *art.* 8. sufficit quaevis ejusdem mutatio; de jure communi feudali autem praestatur relevium tantum eo casu, quo feudum in novum vasallum per alienationem transfertur, atque sic is de novo investitur; *textus et DD. in l.* 3. *C. de jur. emphyt.* Frantk. *de laudem. c.* 4. *n.* 14. D. Chlingensperg *l. cit. in respond. ad quaest.*

151

Dub. 5. quotuplex relevium de jure bavarico solvi debeat in prioris vasalli morte? Resp. tantum unicum. Patet ex statutis bavaricis, *art.* 8. *cit.* ibi: *Es soll auch hein Lehenhert, auf. Absterben des Lehen Manns fir. den Toptfahl einen, und son den gesambten Erben biaerumben einen sondern Lehenraich forderen, sonder an einem Lehenraich begnigt sein. Excipitur* nisi praescriptione inductum sit, ut post mortem vasalli relevium duplex praestetur, *Abfahrt*, *und Anstandt*, unum pro morte vasalli, et alterum pro admissione haeredis ad successionem feudi. Sed haec praescriptio debet esse immemorialis; quia in hoc negotio jus resistit, ut vidimus.

152

Quaeritur 2. an, et quomodo vasallus possit alienare feudum? Resp. Sine domini consensu non potest: et si ita fiat, alienatio est invalida, et ipse alienans feudum perdit, emens vero feudum sic alienatum, si scienter hoc faciat, pretium amittit. Notarius quoque alienationis instrumentum conficiens punitur amissione officii, et amputatione manus: ratio est contemptus domini; *textus*, et DD. *ad l.* 2. *feud. tit.* 42. *tit.* 44. *tit.* 52. *tit.* 55. Dixi *sine domini consensu*; nam cum consensu istius feudum alienare valide, et licite potest, ut habetur *l.* 1. *feud. tit.* 13. §. *etsi clientulus*; *et l. tit.* 34. §. *similiter etc.* Rosenthal *c.* 9. *concl.* 28. Pirh. *hic n.* 17. Konig *n.* 50. et alii passim.

153

Dub. 1. an sufficiat consensus domini solus, aut requiratur praeterea, ut insuper agnati consentiant, in quorum praejudicium cedit alienatio? Resp. distinguendum esse inter feudum novum, et antiquum; nam *feudum novum* cum consensu domini alienare vasallus potest, etiam non requisito consensu filiorum, et agnatorum, qui alias secundum investituram in feudo successuri erant; Clar. §. *feudum q.* 40. *et* 41. Mynsing. *cent.* 4. *obs.* 84. *in fin.* Gaill. *l.* 2. *obs.* 94. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 24. *n.* 5. Jacob Emerix *decis* 1291. *n.* 11. Ratio est, quia in tali feudo descendentibus, vel agnatis jus nondum quaesitum est. *Excipitur*, nisi feudum novum alicui concessum fuerit, ut esset instar antiqui; tunc enim hujus qualitates induit. Item nisi concessum esset favore alicujus filii, aut fratris etc. in investitura nominati; nam his casibus requireretur istorum consensus, cum agatur de illorum praejudicio; Gail. *l.* 2. *obs.* 50. *cum cit.*

154

Si feudum antiquum sit, distinguendum est, an illud sit haereditarium, an ex pacto, et providentia. *De priore* vasallus pro arbitratu suo inter vivos, et per ultimam voluntatem, absque proximorum agnatorum consensu, imo ne quidem requisito novo consensu, domini (quippe qui in alienationem jam consensit tum quando tanquam haereditarium vasallo dedit) perinde, ac de bonis propriis potest disponere; quia tale feudum ratione primae investiturae ad quoscumque, etiam extraneos devolvi potest, reservata domino directo fidelitate, a feudi successore praestanda; Clar. *q.* 41. Gaill. *obs.* 54. Engl *hic n.* 37. *De posteriore* ut disponere vasallus possit, illudque alienare, praeter consensum domini etiam consensus agnatorum debet accedere; quia his ex pacto, et providentia primi tum conferentis, tum acquirentis jus acquisitum est, cui pactum, seu dispositio posterior obesse non debet; Clar. *q.* 41. *cit.* Mynsing. *cent. obs.* 85. Gaill. *l.* 2. 49. Laym. *l. cit. n.* 7. et constat ex *lib.* 2. *feud. tit.* 39.

155

Dub. 2. quod jus competat agnatis, quorum consensu non requisito, vasallus alienavit feudum? Respond. agnatos vasalli, si in alienationem ipsi non consenserint, licet consenserit dominus, vasallo alienatore mortuo, tale feudum, tanquam ad se devolutum, a quocumque possessore vindicandi potestatem habere; *lib.* 2. *feud. tit.* 39. *tit.* 45. Hartm. Pistor. *l.* 2. *q.* 4. Engl. *hic n.* 39. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *c.* 11. *de feud. q.* 12. Neque tenebuntur emptori refundere pretium, quod pro feudo a se empto exposuit, ne rem suam emere cogantur; sed emptor, si ignarus fuit conditionis, et qualitatis feudalis, ab haeredibus alienatis repetere illud

debebit; Haunold. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 835. et habetur *l.* 2. *feud. tit.* 26. §. *Titius.* Si proximiores agnati non revocant, distinguendum est, ex qua causa proximior non revocet feudum, an quia non potest, an quia non vult. *Si quia non potest*, quod v. g. in alienationem consenserit, aut haeres alienatoris sit, non statim admittitur remotior; quia ipsi non nisi post mortem ejus, et filiorum defertur successio. *Si quia non vult*, videndum, ex qua causa non velit. Nam si non vult, quia rem vult relinquere possessori, remotior non admittitur ad revocationem feudi, donec successio ad eum deferatur; si vero non vult, quia feudum vult repudiare, remotior potest revocare statim, quod statim ipsi deferatur successio; Rosenthal *de feud. c.* 9. *concl.* 62. cum aliis passim.

156

Manetque haec potestas revocandi alienationem feudi, sine suo consensu factam, remotioribus agnati, etsi proximior intra 30. annos revocare illud neglexerit, ut contra Pinell. *in auth. nisi triennale C. de bon. matern.* pluribus defendit Fachin. *l.* 7. *contr. c.* 12. idque ex duplici ratione: *una est*, quia agnatis, non consentientibus in alienationem, ex vi primae investiturae quaesitum est jus ad tale feudum: igitur per negligentiam proximioris hoc ipsis auferri nequit juxta *reg. id*, *quod nostrum est*, *sine facto nostro ad alium transferri non potest:* quae est 11. *ff. altera est*, quia praescriptio solum nocet illi, contra quem praescriptum est: atqui per lapsum temporis triennalis in casu praesenti solum praescriptum est contra proximiorem agnatum, qui agere poterat, non vero contra reliquos, qui vivente proximiore agere non potuerunt juxta receptum juris axioma, quod *non valenti agere non currat praescriptio*, *nec extinguatur actio*, *quae necdum nata*, seu competere coepit; *arg. l. sicut* 3. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *an.* ibi: *ex quo competere coeperunt*; ergo etc.

157

Dub. 4. an feudum antiquum, ita male alienatum a vasallo, revocare etiam possint filii alienantis? Videtur idem dicendum de filiis, quod de aliis agnatis: 1. Quia etiam filii sunt agnati; *l. filius* 12. *ff. de suis*, *et legitim. haered.* ergo ut pariter succedunt, ita pariter revocare poterunt feudum male alienatum a patre: 2. in feudo antiquo ex prima investitura non minus jus quaesitum est filiis, quam ceteris agnatis: igitur non minus illi, quam isti revocare alienationem poterunt.

Sed probabilior videtur negativa, quam etiam defendunt Vult. *de feud p.* 1. *cap.* 11. *num.* 88. Hartm. Pistor. *p.* 2. *q.* 13. *num.* 34. *et seqq.* Carpz. *p.* 2. *const.* 48. *defin.* 9. *num.* 2. *et seqq.* Richter.

decis. 29. *num.* 4. *et* 7. magnif. D. de Chlingensperg *c.* 11. *de feud. q.* 13. Ratio est 1. quia in jure feudali hoc jus revocandi filiis nuspiam vel verbulo quidem unico datur : 2. Quia ratio agnatos admittens, in filiis, et ceteris descendentibus cessat ; ideo enim agnati feudum revocare possunt , quia causam non a vasallo alienante, sed per investituram a communi stipite, a quo illud ad alienantem pervenit, habent; at filii non tam beneficio primi acquirentis, quam mediante persona patris sui succedunt, et ab ipso patre feudum capiunt: quod inde colligitur, quia alias si ab avo proxime defuncto, et non a patre feudum obtineret filius , sane patruus filii , qui avo propinquior gradu est, filio excluso, succederet ; de quo tamen contrarium liquet : ergo etc.

158

Aliud dicendum in feudo novo , quod non solum patri , sed simul quoque filiis in specie , horum nominibus in investitura expressis , vel saltem contemplatione filiorum patri concessum fuit ; tunc enim cessat ratio , quae filios a renovatione feudi , a patre alienati , prohibet; Carpzov. *constit.* 48. *cit. def.* 10. Ratio est, quia eo casu filii non tam a patre , quam a primo concedente , et ex gratia domini feudum consequuntur: ergo in eo ipsis a patre praejudicari non potuit , sed merito iis actio revocatoria dabitur. Idem dicendum putat Carpzov. *defin.* 11. quando feudum quidem antiquum est , sed filius non est patris alienantis.

Ad 1. *argumentum* in contrarium allatum dico, filios secundum mores feudales sub agnatorum nomine non comprehendi, sed ab his contradistingui ; *l.* 1. *feud. titul.* 8. *l.* 2. *feud. tit.* 11. *tit.* 31. *tit.* 37. *tit.* 45. *Ad* 2. filiis ex prima investitura non aliter jus ad feudum quaesitum est , nisi mediante patre, qui propterea jus istud ad ipsos non admittet , si illud ante abdicavit.

159

Dub. 4. qualis requiratur consensus domini, et agnatorum, ut ex alienatione sine illo facta feudum, non committatur, et excludatur potestas revocandi feudum, alias agnatis competens? *Certum satis est*, in agnatis non sufficere consensum praesumptum ex eo, quod praesentes alienationi, a vasallo factae, non contradicant ; nam communis est regula , quod tacens pro consentiente non habeatur in iis , quae ipsi praejudiciosa sunt, nisi casu, quo loqui deberet ; non debet autem agnatus statim contradicere, cum eidem ad revocandum feudum detur actio durans per 30. annos, ut cum Schurffio, et Schradero notat Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 836. Erit igitur in agnatis necessarius consensus expressus, ut jus revocandi alienationem amittant.

160

Similiter expressum consensum requiri etiam in domino, ut feudum non committatur, putant nonnulli cum eodem Haun. *l. cit. n.* 826. *quaest.* 24. Sed communior cum Schrader *p.* 8. *c.* 4. *num.* 2. Rosenthal *c.* 9. *concl.* 44. *num.* 3. Mynsing. *cent.* 4. *obs.* 77. *num.* 3. Fachin. *l.* 7. *contr. cap.* 80. Engl. *hic num.* 36. docet sufficere tacitum, qui colligitur ex scientia, et taciturnitate domini. Ratio petenda est ex causa, quae imperatores movit ad prohibendam alienationem feudi sine consensu domini; nam haec, ut patet ex *l.* 2. *feud. tit.* 52. *et tit.* 55. erat triplex, contemptus domini, ejusdem damnum, et honor imperii: atqui si vasallus, praesente domino, et non contradicente feudum alienet, omnes hae causae cessant; nam 1. contemptum se a vasallo dominus non potest conqueri; quia dissensu suo alienationem potuisset impedire: 2. damnum non sentit; scit enim se novum vasallum habere, cujus opera uti possit: 3. servitia imperii non diminuuntur; quia praestari a novo vasallo possunt, sicut et ab antiquo.

161

Addenda tamen hic duo videntur: 1. quod, ut Clar. §. *feudum q.* 31. *in fin.* notat, dominus in hac taciturnitate debeat notabili tempore saltem per annum perseverare, ut tanto melius tacitus ipsius consensus intelligi possit; non enim tam est officium domini, ut alienationem impediat, quam vasalli, ut consensum requirat: ideoque dominus, in continenti non contradicens, non statim praesumetur jus suum remittere, nisi longius taciturnitatis tempus, aliaeque circumstantiae confluant: 2. quod casu, quo constat de consensu domini tacito, vel expresso, idem dominus non praesumatur dare facultatem aliam, quam ad transferendum jus utile, sine praejudicio dominii sui directi, cum nemo praesumatur jactare jus suum; *l. cum de indebito* 25. *ff. de probat.* accedit, quia hoc casu non dominus, sed vasallus contrahit: nemo autem contrahendo plus juris transferre in alium potest, quam ipse habeat; *l. nemo potest* 75. *ff. de R. J.*

162

Dub. 5. quid hic veniat nomine alienationis, quando haec prohibetur fieri sine consensu domini? Resp. Intelligitur prohibita non tantum venditio feudi, sed alius etiam quicunque contractus, vel actus, per quem dominium, vel jus aliquod reale, sive in re constitutum transfertur in alium sine consensu domini, prout sumitur ex *l.* 2. *feud. tit.* 9. *tit.* 34. §. *similiter*, *tit.* 40. §. *praeterea, tit.* 52. *tit.* 55. et notant Mynsing. *cent.* 6. *obs.* 30. Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 806. *vers. quaeres* 8. magnif. D. de Chlingensperg *cap.* 11. *de*

feud. q. 2. Pirh. *hic n.* 16. Vviest. *num.* 50. *Ex quo sequitur* 1. quod vasallus sine consensu domini nec vendere, nec donare, nec in emphyteusin dare, aut locare ad longum tempus, vel ulterius possit. *Sequitur* 2. non posse illud in testamento relinquere, vel legare, aut mortis causa de illo ullo modo disponere, nisi idem dominus, et agnati consentiant. *Sequitur* 3. etiam non posse sine eodem consensu, et in praejudicium domini, et agnatorum servitutem imponere feudo. Si tamen imposuerit servitutem praedialem feudo, v. g. jus pascendi, jus agendi etc. ipsi quidem vasallo, quamdiu vivit, obstat, domino vero, aut agnatis succedentibus, etiamsi perseveraverit per longa tempora, minime nocet; *l.* 2. *feud. tit.* 8. *pr. Sequitur* 4. nec dari illud a patre filiae in dotem posse, ut habetur *l.* 2. *feud. tit.* 9. §. *donare.* Ipsa tamen uxor feudum, quod habet, marito dare in dotem potest, et consuetudine dotalitia in feudum constituuntur; *textus*, et DD. *in tit.* 9. *cit. tit.* 13. *et tit.* 17. *l.* 2. *cit. Sequitur* 5. etiam oppignorari alteri, quam domino, sine hujus consensu non posse: et hinc in generali omnium bonorum hypotheca bona feudalia non continentur. Videatur Clar. §. *feudum q.* 31. *n.* 10. Rosenthal. *c.* 9. *concl.* 13. Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *a num.* 806. magnif. D. de Chlingensperg *c.* 11. *q.* 2. *et seqq.* Konig. *hic num.* 50.

163

Excipiuntur 1. feuda, quae alicui concessa sunt *pro se, et quibus dederit*, vel *pro haeredibus quibuscumque;* nam haec sine consensu domini alienari valent; *l.* 2. *feud. tit.* 48. *Excipitur* 2. si alienetur in proximum agnatum alias successurum; talis enim alienatio potius est refutatio feudi, quae fieri in favorem proximi agnati potest. Engl *hic numer.* 37. *excipitur* 3. si quam dispositionem, etiam non requisito consensu domini, permittat consuetudo; sic Laym. *lib.* 3. *tract.* 4. *cap.* 24. *numer.* 2. cum Clar. §. *feudum q.* 33. notat, ex consuetudine permitti, ut domino non requisito vasallus possit locare in tempus etiam longum, vel in emphyteusim dare pascua, et terras incultas, constituere in rei feudali servitutem, fructus, et commoditatem illius alienare; imo etiam alium vasallum sibi subinfeudare, teste glossa communiter recepta *in cap. quae in ecclesiarum V. alienandi feudum de const.* Quae omnia tamen fieri debent sine praejudicio domini: atque hinc si in re feudali constituatur servitus, aut illa elocetur etc. mox ubi feudum ex aliqua causa ad dominum reversum fuerit, servitus illa, vel jus conductoris etc. extinguetur; quia dissoluto jure dantis dissolvitur etiam jus accipientis; *l. lex vectigali* 31. *ff. de pign. et hypoth.* Item ut subinfeudatio legitime fiat, requiritur, ut is, qui su-

binfeudatur, sit ejusdem conditionis, et qualitatis, cujus est ipse vasallus subinfeudans, et saltem non inferioris, et ut fiat iisdem pactis, ac conditionibus, sub quibus subinfeudans feudum a domino accepit; Rosenth. *c.* 9. *concl.* 44. *n.* 3. *et* 4. Haun. *to.* 3. *tr.* 9. *n.* 837.

164

Porro sicut vasallus feudum alienare non potest sine consensu domini; ita vicissim ex communi DD. teste Engl. *n.* 43. dominus nequit dominium directum, sive feudum, et vasallum sine ejus consensu in alium transferre, ne alium acquirat dominum, et forsan duriorem, quam sibi ab initio per contractum feudalem constituit; *l.* 2. *feud. t.* 34. §. *ex eadem* 1. Hodiernis tamen moribus, praesertim cum totae curiae, castra, jurisdictiones, et comitatus cum suis juribus, et pertinentiis alienantur, jura quoque vasallorum simul transeunt; Clar. §. *feudum q.* 28. Gail. *l.* 2. *de pac. publ. c.* 15. *n.* 13. Vult. *l.* 1. *de feud. c.* 10. *n.* 71. Rosenth. *c.* 9. *concl.* 62. *n.* 28. mag. D. de Chlingensp. *c.* 11. *q.* 1. *ad object.* 1. Engl. *hic n.* 43.

165

Dub. 6. an si dominus a vasallo accipiat feudum in pignus, teneatur fructus computare in sortem? *Certum est*, si dominus directus sit ecclesia, vel monasterium, fructus huic cedere, et in sortem non computandos; nam ita expresse statutum habetur *c. insinuatione* 1. *h. t. etc. conquestus* 8. *de usur.*

Quando dominus directus est laicus non consentiunt DD. Nam aliqui cum glos. *in c. inquisitione*, *etc. conquestus cit.* putant his textibus contineri speciale privilegium concessum ecclesiis, et monasteriis, quando penes ipsa est dominium directum, ut eo citius feudum ad ecclesiam revertatur. Hinc dicunt casu, quo dominus directus est laicus, fructus feudi, a vasallo sibi oppignorati, computandos in sortem, ita ut summa ex credito debita decrescat pro ratione fructuum perceptorum, et si isti sortem adaequent, debitum omnino extinguatur.

166

Sed dicendum, nec dominum directum saecularem obligari computare in sortem fructus perceptos ex feudo, quod sibi oppignoravit vasallus, si hic interea non praestet servitia, alias ratione feudi debita. Ita Covar. *l.* 3. *var. c.* 1. *n.* 4. Molin. *tr.* 2. *de just. D.* 323. *n.* 2. Pal. *tr.* 32. *D.* 4. *p.* 22. *n.* 3. Lug. *D.* 25. *n.* 147. Canis. *c.* 6. *de usur. n.* 4. Gonz. *in c.* 1. *h. t. n.* 2. *et* 3. Pirh. *hic n.* 20. Scham. *n.* 5. Vviest. *n.* 56. Neque in hoc ullum periculum est usurarum, ut desumi potest ex natura feudi; cum enim hoc ex prima sua institutione gratis, et intuito servitiorum, a vasallo exhibendorum, concedatur, consequens est, ut vasallus, quamdiu sine culpa, et cum do-

mini consensu feudo caret, ab obsequiis, et muneribus, domino exhibendis, immunis sit, et vicissim dominus fructus percipiat, quippe cum eo casu cesset causa, ob quam res in feudum data , et istius fructus concessi sunt.

167

Exceptio tamen triplex est facienda. 1. si feudum sit francum; cum enim hoc a servitiis liberum sit, fructus ejus, si domino directo pro mutuo, vel alio debito oppignoratum sit, percipere iste non potest; Sylv. *V. feudum n.* 20. Barb. *in c.* 1. *cit. n.* 2. *vers. limita tandem*, Gonz. *ib. n.* 4. *vers. tertius casus*, Vvies. *hic n.* 59. 2. si feudum non sit gratis concessum, sed data pecunia; quia cum eo casu jus percipiendi fructus sit comparatum pretio, eos percipiens dominus, et in sortem non computans excusari ab usura nequit, ut bene advertunt Gonz. *l. cit. vers. secundus casus*, Gibal. *l.* 4. *de usur. c.* 3. *art.* 10. *q.* 1. *n.* 1. Pirh. *hic n.* 20. *not.* 2. Scham. *n.* 5. Vvies. *n.* 59. *cit.* 3. si feudum cura, et industria vasalli melioratum sit, et fructuosius redditum, quam fuerat tempore primae investiturae; tunc enim aequitas suadet, ut dominus directus non lucretur integros fructus feudi, dum illud pignoris loco detinet, sed eos tantum , qui ex feudo percepti sunt tempore, quo primum est concessum , excessus vero reliquorum fructuum ipsi vasallo cedere debet; Canis. *in c.* 1. *h. t. in fin.* Gonz. *ib. vers. idem dicendum*, Zoes. *hic n.* 7. Pirh. Vvies. *l. cit.*

168

Neque verum est, quod *c. inquisitione*, *et c. conquestus cit.* ecclesiis, et monasteriis concessum sit speciale privilegium; vel enim lucrum fructuum, qui ex feudo oppignorato a domino directo percipiuntur, usurarium, et honestum est, vel contra justum est, et honestum. *Si primum*, neque ecclesiastico concedi id debet , imo minus, quam laico domino, cum usuraria iniquitas etiam in ecclesiasticis, imo magis sit detestanda, utpote quos lucris temporalibus specialiter non convenit inhiare. *Si vero secundum*, non magis concedi hoc lucrum ecclesiasticis debet, quam laicis , cum multa alia laicis permittantur, quae ecclesiasticis prohibentur.

169

Dub. 7. an decisio *c. insinuatione*, *etc. conquestus cit.* locum habeat etiam in re emphyteutica, ut si istam in pignus acceperit dominus directus, hic fructus illius lucretur? *Ratio dubitandi est*, quia per *c. cit.* restringitur jus commune, juxta quod pignoris fructus in sortem computandi sunt; *c. cum contra* 6. *de pign.* atqui decisiones restrictivae juris communis, quia odiosae sunt , ultra casum jure ex-

pressum extendi non debent: ergo nec *c. cit.* decisio a feudo extendi debet ad emphyteusin.

Sed hoc non obstante, tenenda est affirmativa sententia, et dicendum, quod dominus directus rei emphyteuticae, sibi oppignoratae, fructus suos faciat, et in sortem computare non teneatur, si interea, dum ipse rem illam in pignus retinet, emphyteuta non solvat canonem, seu pensionem, alias praestandam ratione rei in emphyteusin concessae. *Ratio est*, quia in emphyteusi eadem militat ratio, quae in feudo, cum feudum, et emphyteusis ejusdem sint naturae, et quod decisum, sive dispositum est de feudo, etiam locum habeat in emphyteusi, nisi contrarium sit expressum in jure, prout notavi *supra n.* 19. *in fin.* et advertunt Durand. *in specul. t. de feud.* §. 2. *n.* 63. *vers. non interest,* Everh. *leg. arg. loc.* 29. *et* 30. Fagn. *in c.* 1. *cit. n.* 7. *et seq.* Pirh. *hic n.* 20. *not.* 3. Scham. *n.* 5. Vvies. *n.* 58.

170

Addidi, *si interea emphyteuta non solvat canonem*; quia ut feudum sub servitiorum, ita emphyteusis sub canonis solvendi obligatione conceditur: ex quo sequitur, si canon solvatur, dominum directum non posse percipere fructus ex re emphyteutica, in pignus sibi concessa; posse, si non solvatur, cum tunc cesset conditio, sub qua concessa est, et cons. contractus obligatio suspendatur.

Ad rationem dubitandi dicendum hanc interpretationem *c. cit.* comprehensivam potius esse, quam extensivam.

171

Quaeritur 3. qua ratione feudum amittatur? Resp. Amittitur vel ex persona vasalli, ex persona domini, vel ex re ipsa.

Ex re ipsa extinguitur totali rei feudalis interitu, ut si fundus feudalis terrae motu plane evertatur, si aedes feudales funditus evertantur; quia feudum est jus in re: igitur hac sublata, etiam illud oportet interire; Konig *hic n.* 51. magnif. Christ. Chlingensp. *c.* 13. *de feud. q.* 2. *et* 3. mag. P. Schm. *c.* 2. *de pact. et contr. n.* 556. Quodsi aedes feudales solum collabantur, vel incendio consumantur, retinetur feudum in area; Struv. *synt. jur. feud. c.* 15. *aphor.* 4. quo distinguitur feudum constitutum in aliqua domo ab usufructu in eadem constituto, qui domo exusta extinguitur. Ratio differentiae est quia usufructus potius in superficie, quam in ipso solo consistit, feudum vero tanquam species dominii ad ipsum solum, et aream penetrat.

172

Ex persona domini finitur feudum ex duplici maxime capite. 1. si dominus directus sine haerede relicto decedat; nam eo casu in re feudali vasallus praefertur fisco, et dominium directum cum

utili dominio vasalli conjungitur, quod vasalli, et domini par debeat esse conditio, et hujus mentis in prima concessione videatur fuisse dominus; Vult. *de feud. c.* 11. *n.* 7. mag. D. Chlingesp. *c.* 13. *cit. q.* 2. P. Konig. 2. *hic n.* 51. P. Schm. *c.* 2. *cit. n.* 557. 2. si dominus delinquat in vasallum, et delictum tale sit, quod, si a vasallo commissum fuisset, induxisset privationem feudi: ex eadem ratione quia nempe dominus, et vasallus correlativa sunt, et ut feudista dicit *l.* 2. *feud. c.* 6. ad paria judicantur; privabitur ergo etiam ipse dominio directo ex iis causis, ex quibus vasallus privatur dominio utili, sive feudo; Schamb. *de feud. t.* 27. *per tot.* D. Chlingensp. *c.* 13. *cit. q.* 16 *ad objec.* P. Schm. *c.* 2. *cit. n.* 574. juxta quos etiam in hoc sicut in priori casu dominium directum ita a domino amissum consolidatur cum utili, et utrumque penes vasallum remanet.

173

Ex persona vasalli finitur feudum aliquando cum vasalli culpa, quam *felloniam* appellant, aliquando sine culpa. *Sine culpa* finitur 1. si vasallus moriatur, nullis relictis haeredibus feudalibus, qui de jure possent succedere; tunc enim feudum domino aperitur, i. e. cum dominio directo consolidatur; *arg.* §. 2. *fin. inst. de usufr.* Vult. *de feud. l.* 1. *c.* 11. *n.* 6. D. Chlingensperg. *c.* 13. *cit. q.* 2. P. Schmier *n.* 557. 2. si feudum sibi acquisitum omnino refutet, sive a se abdicet; hoc enim facere non prohibetur, modo id agat, ut illud obveniat illi, cui de jure debet, videlicet filio, aut alteri proximo agnato suo, vel ipsimet domino, si feudum novum sit; Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 24. *n.* 3. Engl. *hic n.* 45. Konig *n.* 52. Aliud esset, si id refutaret agnato remotiori, vel omnino extraneo; quia talis renuntiatio est alienationis species; cons. licet hoc casu vasallus refutans amittat feudum, non tamen amittit illud sine culpa; Struv. *synt. jur. feud. c.* 12. *aphor.* 14. *et c.* 13. *aphor.* 1. *et seq.* 3. lapsu temporis, in quod constitutum est feudum, qualia sunt feudum guardiae, gastaldiae, soldatae; Bocer. *tract. quib. mod. feud. absque culp. n.* 2. *et seqq.* cum enim pactum feudali negotio adjectum servari debeat, *arg. l. contractus* 23. *ff. de R. J.* aequum est, ut tempore, quod contrahentibus placuit, finito, restituatur feudum.

174

Delicta, feudi amissionem inducentia, in duplici consistunt specie; nam aliqua consistunt in committendo, alia in omittendo.

Committendo vasallus privatur feudo: 1. si rem feudalem notabiliter reddat deteriorem, subditos male tractet, aliis causam praebeat devastandi feudum per bellum iisdem injuste motum; *arg. l.* 1. *feud. tit.* 21. *pr. et l.* 2. *tit.* 6. *vers. utile*: 2. si scienter absque consensu domini feudum alienet, vel oppignoret: quo casu, si to-

tum alienet, totum amittet; partem vero, si partem duntaxat distrahat; *l.* 2. *feud. tit* 38. 3. si personam domini, vitam, aut famam ipsius laedat, necem quovis modo machinetur, manus violentas in ipsum injiciat, contumelia, vel injuria eundem afficiat: 4. si eundem absque jus magistratus criminaliter accuset, aut in eadem causa advocatum, vel testem contra dominum agat; *l.* 2. *feud. tit.* 24. §. 2. *v. item si delator.* Quod si cogatur testificari a judice, id facere cum protestatione debet: 5. si offendat dominum majorem; *l.* 2. *feud. tit.* 55. §. *insuper*: nisi pro servitio alterius domini, seu ejus, a quo feudum immediate habet, id fecerit, et nisi requisitus ab isto paratus fuerit satisfaccre majori domino, quem offendit: 6. si uxorem domini sui, filiam, neptem ex filio, nurum, vel socrum, quamdiu ea in familia domini est, violet, aut violare attentet; *l.* 1. *feud. tit.* 5. *pr. et l.* 2. *tit.* 24. §. 2. 7. si castrum domini, oppidum, aut vicum, vel alium locum, in quo dominus moratur, obsideat, vel oppugnet, etsi dominus obsidionis, aut oppugnationis tempore ibi non moretur, idque sciat, vel nesciat vasallus; *tit.* 24. *cit.* §. *porro*: 8. si contra personas sibi conjunctas tale perpetraverit homicidium, quod parricidium appellari mereatur; *l.* 1. *feud. tit.* 5. *pr. et l.* 2. *tit.* 24. §. 2. 9. si aliud quodcunque crimen grave committat, quod ipsum graviter infamet, ut in curia domini honeste stare non possit: de quibus omnibus videantur textus *cit.* praesertim *l.* 1. *tit.* 5. *tit.* 17. *et l.* 2. *tit.* 24.

175

Omittendo amittitur feudum: 1. si vasallus intra annum, et diem, secluso legitimo impedimento, renovationem investiturae non petierit, aut fidelitatem non juraverit; *l.* 1. *feud. tit.* 22. *pr. l.* 2. *tit.* 24. *pr. et* §. 1. *tit.* 52. §. *ult.* 2. si debite requisitus, obsequia, et servitia, ob quae beneficium ei datum est, praestare neglexerit; *l.* 2. *feud. tit.* 24. §. 2. *vers. sed non est*: 3. si dominum suum, quem ad praelium euntem secutus erat, periclitantem dimiserit; *tit.* 24. *cit.* §. 2. *prin.* nisi forte vasallus ad eum casum deveniat, ut moraliter certus sit sibi moriendum, nisi fugiat; Engl. *hic n.* 46. *vers. primi generis in fin.* 4. si sciat, domino gravem in vita, et bonis imminere jacturam, nec tamen id domino denuntiet, aut damnum avertere studeat; *l.* 2. *feud. tit.* 24. §. 2. *pr.* 5. si domino justitiam facere, ac filium v. g. qui dominum offendit, ad satisfactionem praestandam adducere, et persuadere renuat; *l.* 2. *feud. tit.* 55. §. 2.

176

Dub. 1. quibus casibus non amittatur feudum ob renovationem investiturae tempore praescripto non petitam? Resp. a P. Engl. *n.* 44. *hic*, et aliis passim plures enumerari casus. Et 1. quidem, si

vasallus, qui passus est elabi tempus, sit minor 14. annis, seu impubes, quamvis tutorem habens; majores 14. annis, qui 25. aetatis annum nondum impleverunt, ex neglectu hujus temporis feudum quidem amittunt, sed remedium tamen extraordinarium in integrum restitutionis habent: 2. si vasallus juste ignoret casum evenisse, quo debeat investituram petere; nam tempus ipsi tantum currit a die notitiae: 3. si non possideat feudum, modo diligentiam in avocanda possessione penes alium existente adhibeat, et ipse lata culpa eandem non amiserit; quia novo vasallo tempus primum computatur a die adeptae possessionis feudi: 4. si lis fuerit inter dominum, et vasallum super feudo; nam hac durante vasallus ad petendam ab eo investituram non obligatur: 5. si filius, vel agnatus successor in feudo juste ignoret rem esse feudalem, et bona fide eandem pro allodiali habeat: 6. si eo loco, ubi dominus moratur, grassetur pestis, aut vasallus ex alia justa causa absit, ut nec per procuratorem petere investituram possit: 7. si dominus vasallum, qui renovationem investiturae intra annum, et diem neglexit petere, ad solita servitia admittat; censetur enim juri suo renuntiasse, et injuriam remisisse: 8. denique si vasallus, brevi tempore post annum et diem veniens, moram purgaverit, ob paritatem cum contractu emphyteutico, in quo post lapsum terminum, canonis solutioni praefixum, conceditur emphyteutae, ut celeri satisfactione moram purgare possit, et sic poenam amissionis effugere, ut dictum est *supra tit.* 18. *n.* 154. *et* 155.

177

Dub. 2. quid requiratur, ut ob alienationem feudi, sine domini consensu factam, illud amittatur? Convenit inter DD. ad hanc amissionis poenam incurrendam verbum *alienationis* accipiendum cum effectu, ut adeo non censeatur vasallus privatus feudo, nisi ad ipsum contractum alienationis insuper accedat possessionis translatio; *arg. l. alienatum* 67. *ff. de V. S.* et insinuat textus *l.* 2. *feud. tit.* 55. *pr.* ibi, *qui feudum vendunt, et alio transferunt etc.* Vult. *l.* 1. *de feud. c.* 11. *n.* 42. Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 893. Engl. *hic n.* 34.

An vero ad hanc poenam incurrendam sufficiat traditio, *per constitutum* facta, litigant inter se DD. Negat Schrader. *p.* 9. *c.* 1. *n.* 32. cum Afflicto, et aliis: videtur hoc etiam probare ratio; quia alienatio hoc casu est ipso jure nulla: igitur nec *constitutum* valere potest, juxta *reg.* 178. *ff.* ubi Paulus, *cum principalis*, inquit, *causa non subsistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent*: unde hoc casu videtur intrare illud Brocardicum: *actus nullus, et inutilis poenam non meretur.*

178

Sed verior, et communior sententia affirmat cum Zas. *p.* 10. *n.* 8. Fach. *l.* 8. *contr. c.* 86. Haun. *tom.* 3. *tr.* 4. *n.* 893. Ratio est, quia poena amissionis feudi lata est in eos, qui feudum sine consensu domini vendunt, et in alios transferunt, ut dictum est *num. praec.* atqui in casu *constituti* verificatur translatum fuisse feudum; licet enim eo casu alienans adhuc in possessione sit, non tamen suo, sed ejus, in quem alienavit, nomine possidet, cons. in hunc translata possessio est: ergo etc.

Argumentum contrarium nimium probat; probat enim, quod nulla alienatione feudi, etsi absque consensu domini facta sit, feudum amitteretur; quia alienatio nunquam valet. Dicendum ergo poenam caducitatis statutam esse etiam alienationi invalidae: quod novum non est, sed passim in jure fit, ut patet in matrimonio cum impedimentis quibusdam contracto.

179

Dub. 3. an vasallus a poena caducitatis excusetur, si poenitentia ductus, feudum male alienatum in continenti recuperavit? Affirmat cum Isernia, et Afflicto Zas. *p.* 10. *n.* 4. et probari istud videtur 1. ex *c. potuit* 4. *de locat. et conduct.* ubi emphyteuta poenam caducitatis effugit, *si celeri satisfactione postmodum sibi consulere statuisset*; est autem ab emphyteusi ad feudum validum argumentum: 2. ex *l. qui possessionem* 17. *ff. de vi, et vi armat.* ubi, *qui possessionem, vi ereptam, vel in ipso congressu recuperat, in pristinam causam reverti potius, quam possidere intelligendus esse* pronuntiatur: ergo etiam, qui feudum in continenti recuperat, censebitur in pristinum statum reverti, perinde acsi nunquam alienasset: 3. ex *c. siquis presbyterorum* 6. ubi qui res ecclesiae illicite alienavit, si celeriter illas recuperet, non punitur, ibi, *nisi forte alienator, et qui acceperit celeri restitutione sibi prospexerint*: ergo nec talis alienator feudi puniendus est.

180

Sed praeferenda est negativa, quae teste Haun. *t.* 3. *de J. et J. tr.* 9. *n.* 895. communis, et vera est ob clarum textum *l.* 2 *feud. tit.* 44. ubi feudista, *hodie*, inquit, *si* vasallus *ipsum* (nempe feudum) *alienaverit, si quidem illicite, licet postea recuperaverit, tamen penes ipsum non remanebit, utpote domino, ad quemcunque pervenerit, apertum* igitur jus avocandi domino quaesitum jam est per ipsam alienationem, si autem quaesitum illi jam est, a voluntate vasalli non dependet, ut feudum recuperando istud eidem auferat; alias si dominus statim facta alienatione vellet feudum avocare posset vasallus excipere, et offe-

rendo se ad recuperationem mox faciendam, avocationem impedire, quod videtur absurdum.

181

Neque obstant argumenta sententiae oppositae. *Ad.* 1. ab emphyteusi ad feudum valet argumentum, quando non aliter statutum est jure, prout statutum in praesenti patet ex *tit.* 44. *cit.* *Ad* 2. negatur paritas; quia qui rem vi sibi ereptam, vi in continenti recuperat non purgat aliquod delictum a se commissum, prout illud in sententia adversariorum purgaret vasallus, quam tamen purgationem nullum jus ipsi indulget, sed potius negat. *Ad* 3. si jura feudalia vellent celeri recuperatione purgari delictum a vasallo, per feudi alienationem commissum, hoc expressissent, sicut expresserunt ss. canones *c. siquis cit.* igitur signum est, quod non voluerint admittere purgationem morae; et simili jure posset aliquis dicere, etiam in furto per celerem restitutionem purgari furtum, cujus contrarium habetur *l. qui ea mente* 65. *ff. de furt.* ubi Ulpianus. *Qui ea mente*, inquit, *alienum quid contrectavit*, *ut lucrifaceret*, *tametsi mutato consilio*, *idem domino postea reddidit*, *fur est*, *nemo enim tali peccato poenitentia sua nocens esse desiit.*

182

Dub. 4. an feudum sine consensu domini alienatum possit a tertio bonae fidei possessore praescribi? *Certum satis* videtur esse, quod praescribi possit dominium illius utile, et ita, ut deinceps tertius ille possessor vasallus sit, dominio directo manente penes priorem dominum; nam in hoc casu videntur confluere omnia requisita praescriptionis, cum nuspiam caveatur ne dominium utile rei feudalis via praescriptionis in alium trnsferatur.

Difficultas est, quando quaeritur, utrum a tertio bonae fidei possessore ita praescribi feudum male alienatum possit, ut hic acquirat dominium rei absolutum, et ista ex feudali allodialis efficiatur? *Negat* Harpprecht. *ad pr. inst. de usucap. n.* 16. ob textus feudales, quibus praescriptio rei feudalis videtur tolli. Nam 1. *l.* 2. *feud. tit.* 40. *vers. praeterea* statuitur, *liceat dominis omnes alienationes feudi factas*, *nulla obstante praescriptione revocare.* 2. *l.* 2. *feud. tit.* 55. *princ. vers. nos autem* ubi Imperator Fridericus *hujusmodi alienationes illicitas --- cassat, et in irritum deducit, nullius temporis praescriptione impediente.* 3. *l.* 2. *feud. tit.* 83. ubi deciditur, ut casu, quo *unus ex fratribus*, *qui paternum habeat beneficium*, *suam portionem dederit domino*, *vel alicui extraneo*, *dominus*, *vel extraneus tamdiu teneat sine praejudicio, quamdiu ille, qui dedit*, *haeredem masculum habuerit*; *si vero sine haerede decesserit*, *alter frater*, *si vixerit*,

vel ejus haeres, sine ullo obstaculo, et temporis praescriptione beneficium, quod haereditarium est, vindicet a quocunque possessore.

183

Sed ut communior, ita et verior sententia affirmat cum Gail. *l.* 2. *obs.* 160. *num.* 1. *et seqq.* qui pro se allegat Afflictum, praepositum, additque ita teneri communiter a feudistis. Ratio est, quia tanto tempore plena securitas in rebus possessis tribuitur, et reip. interest ad minuendas lites, ne dominia rerum sint incerta; *l. sicut* 3. *et l. omnes* 4. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *ann. conf.* quia ut *lib.* 2. *tit.* 26. *num.* 36. *vers. quarto* notavi, et docent Abb. *in cap. ad audientiam* 13. *de praescript. numer.* 17. ipseque Harpprecht. *l cit. n.* 167. ab ipso vasallo dominium directum adversus dominum praescribi potest, si per 30. annos, numerandos a die interverseae possessionis, investituram non petiit, nec servitia praestitit, adeoque rem feudalem, ut allodialem, bona tamen fide, et domino non contradicente, ceterisque conditionibus ad praescriptionem requisitis possedit; igitur ita praeseribere etiam poterit tertius bonae fidei possessor, cum non videatur afferri posse convincens disparitatis ratio.

184

Ad textus feudales in contrarium allegatos dico cum Gaill. *obs. cit. n.* 2. illos intelligi posse, ut sensum pariant, domino in revocando feudo nullam obstare debere praescriptionem ordinariam, aut ordinarii temporis, sc. 10. aut. 20. annorum; ad hanc enim requiritur titulus, quem non praestat mala alienatio, sine consensu domini facta, utpote quae per textum *l.* 2. *feud tit.* 40. cassata, et irritata est. Vel dici potest cum P. Engl. *hic n.* 42. *vers. quodsi,* illos intelligendos deillis feudis, quae habent annexa servitia militaria pro utilitate reip. et plerumque a principibus dantur, qui jus bellum gerendi habent; nam talia feuda quoad dominium directum spectata, censentur pertinere ad regni coronam, vel principatum, de quibus rebus *tit.* 26. *cit. n.* 35. dixi, eas non praescribi minori spatio, quam 100 annorum.

185

Dub. 5. an casibus hactenus relatis, quibus a vasallo feudum amittitur, illud amittatur ipso jure, an per sententiam condemnatoriam? Ipso jure amitti putat Bocerus apud Haun. *tom* 3. *tr.* 9. *num.* 898. ex duplici ratione. 1. Quia per textus feudales amissio feudi non judicis sentetiae, sed ipsis causis legitimis, modisque adscribitur, prout videntur indicare verba *cadere a feudo, amittere feudum, carere beneficio: beneficium pertinere ad dominum, vel agnatum, ad hos reverti etc.* quibus passim feudi stautitur. 2. Quia

ex vulgari regula, per quas causas quid nascitur, per easdem disolvitur atqui feudum ipso jure absque judicis sententia vasallo acquiritur, igitur eodem jure etiam amittetur.

186

Sed dicendum regulariter, et paucis exceptis casibus, feudum ipso jure non amitti, sed opus esse sententia condemnatoria. Ita Clar. §. *feudum q.* 62. Zas. *p.* 10 *n.* 72. Borchold. *c.* 8. *n.* 157. Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *cap.* 24. *n.* 11. *vers. denique fin.* Rosenthal. *c.* 10. *de feud. concl.* 41. Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *num.* 898. et apud hunc Schrad. Vultejus, Rittershusius. Patet ex *l.* 1. *feud. tit.* 21. *et tit.* 22. §. 2. *Excipitur* 1. si vasallus feudum absque domini consensu illicite alienavit; quia tunc ipso jure apertum est domino, ita tamen, ut hic casu, quo emptori jam facta traditio est, vendicare nequeat, nisi per sententiam. 2. Si vasallus crimen laesae majestatis in dominum commisit; quia tunc bona illius omnia addicuntur fisco; *l. quisquis* 5. *C. ad leg jul majes.* 3. Si feudum sit ecclesiasticum, et princeps, vel communitas, illud ab ecclesia in feudum obtinens, statuta contra libertatem ecclesiasticam faciat; nam tale feudum isto casu ipso jure amittitur; *c. gravem* 53. *de sen. excomm.* 4. Si ita convenit in costitutione feudi, videlicet, ut vasallus ipso jure feudo cadat, nam pacta dant legem contractui feudali, quamvis contra ejus naturam acta sint.

187

Ex quo sequitur, extra hos casus exceptos, ut privatio feudi in vasallo inducatur ob delictum, opus semper esse sententia condemnatoria. *Ex quo sequitur*, quod vasallus retinere fructus, ex re feudali ante sententiami perceptos, possit, nec restituere illos teneatur post latam sententiam, ut cum Corneo, Felino, Curtio juniore, Bruno, Peregrino tradit, et fuse probat Fachin. *l.* 7. *contr. c.* 94. Ratio est, qui priusquam per sententiam condemnetur vasallus, jure, et bona fide feudum possidet, igitur nihil obstat, quo minus lucretur fructus usque ad sententiam perceptos. Patet *conf.* quia est in bona fide, et justum etiam titulum habet, quem non amittit per hoc solum, quod admiserit crimen feudi privatione dignum.

188

Ad 1. *argumentum in contrarium allatum* dico per textus feudales, et verba in iisdem usitata non excludi, sed potius includi sententiam, quod inde patet, quia *l.* 1. *feud. tit.* 21. expresse statuitur, ut *nemo miles sine cognita culpa beneficium suum amittat*: quod repetitur *titul.* 22. §. 2. et sumitur ex pluribus aliis textibus, uti *laudamenti*, *arbitrii*, *judicii*, *et sententiae* mentio fit. *Ad* 2. argumentum istud plus non probat, quam quod feudum ipso jure amitti

possit modis illis, qui fiunt sine culpa, lege, aut consensu approbante, ut per subinfeudationem, refutationem, licitam alienationem, pactum adjectum; non vero probat de amissione feudi, quae a lege infligitur tanquam poena, cum regolare sit dogma, quod poena ante sententiam non debeatur, nisi ita expresse sit cautum jure.

189

Dub. 6. ad quem devolvatur feudum amissum? De modis, quibus feudum aperitur per mortem, refutationem, profesionem religiosam, susceptionem status clericalis non superest difficultas, quae non possit ex hactenus dictus expediri. Quaestio remanet quoad amissionem feudi ex delicto: in qua convenit inter DD. quod feudum novum propter delictum ad dominum redeat. Patet ex *l.* 2. *feud. titul.* 24. §. *denique* ibi, *si tamen beneficium fuerit paternum:* igitur per argumentum a sensu contrario, si non est paternum, sed novum, revertetur ad dominum, et non ad agnatos; Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *numer.* 907. Ratio est, quia agnati ad successionem in feudo jus non habent, nisi dependenter a primo acquirente, qui cum eo casu privetur feudo, jus succedendi in illo ad filios, et agnatos non potest transmittere.

190

In feudo antiquo tres casus in considerationem veniunt. Et 1. quidem, quando vasallus privatur feudo ob neglectam petitionem investiturae. 2. Quando ob alienationem illicite factam. 3. Quando ob aliud delictum ex supra commemoratis.

In primo casu tres sunt sententiae. *Prima* favet agnatis, quod facto alterius jure sibi quaesito nemo privari possit. Est autem agnatis per primam investituram quaesitum jus ad successionem in feudo: ergo ubi vasallus feudum ob neglectam investituram perdiderit, ad hos devolvetur. *Secunda* cum Fachin. *l.* 7. *contr. c.* 25. respondet pro domino ob textus feudales praecipue duos; 1. *l.* 2. *feud. tit.* 55. *pr. vers. praeterea*, ubi statuitur, *ut siquis infeudatus major* 14. *annis sua incuria, vel negligentia per annum, et diem steterit, quod feudi investituram a proprio domino non petierit, transacto hoc spatio, feudum amittat, et feudum ad dominum redeat.* 2. *l.* 2. *feud. tit.* 24. *pr.* ubi eadem amissio ob non petitam investituram decernitur ratione ingratitudinis ibi, *tanquam ingratus existens*: cum ergo ingratitudo non in alium committatur, quam dominum, consentaneum erit feudum in ultionem ingratitudinis debere reverti ad dominum. *Tertia sententia* mediam ingreditur viam, ut sc. feudum, quamdiu vasallus et descendentes illius vivunt, sit apud dominum, ipsis vero mortuis ad agnatos revertatur: quae sententia benignior est, et quia etiam in illa verificantur textus feudales *cit.* videtur retinenda.

191

In secundo casu, quando feudum antiquum amittitur ob alienationem illius sine domini consensu factam, quatuor sunt sententiae. *Prima* cum Isernia, Afflicto, Zasio, Gaillio, Borchold, et aliis vult tale feudum devolvi ad filios alienantis, aut si nullos habeat, ad agnatos. *Secunda* cum Baldo contendit filios, et descendentes alienantis penitus excludi, sed non agnatos, et per hos excludi dominum, ex ratione, quod vasallus etiam cum consensu domini alienans praejudicare agnatis nequeat, ut dictum est *n.* 155. *Tertia* cum Sonsbeckio, et Hotomanno docet, illud exclusis etiam agnatis, reverti ad dominum ob textus feudales *l.* 1. *feud. tit.* 5. *pr. l.* 2. *tit.* 24. §. *denique, tit.* 38. *pr. tit.* 44. *vers. hodie, tit.* 55. *pr. vers. callidis*, quibus textibus dicitur feudum ob alienationem, sine ipsius consensu factam, eidem aperiri, et ad ipsum reverti. *Quarta*, et verior sententia cum Hartm. Pistorio, Vultejo, Rittershusio, quos citat, et sequitur Hunn. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 911. *vers. Quarta* mediam init viam, et dicit, eo casu quidem feudum reverti ad dominum, et penes hunc manere, quamdiu alienans, et descendentes ex ipso vixerint, his tamen deficientibus, ad proximos agnatos devolvi, ex triplici argumento. 1. Quia textus feudales pro tertia sententia allegati satis commode in hunc sensum explicari possunt. 2. Ex paritate cum fideicommisso, quod si ex causa delicti confiscatum fuerit, in vita tantum delinquentis apud fiscum manet, post mortem vero ceteris, quibus competit, restituendum est. 3. Ex aequitate, ne rem facile agnati ex facto alieno contra communes juris regulas suo jure quaesito priventur, praesertim ob solam alienationem, ubi non tam gravis culpa in dominum committitur.

192

In tertio casu plerumque DD. distinguunt, an delictum tale perpetratum sit extra personam domini, an in ipsum dominum. *Si primum*, agnatis per illud nullum fit praejudicium, sed feudum antiquum proximiori defertur, exclusis filiis delinquentis; *l.* 2. *feud. tit.* 37. Hartm. Pistor. *l.* 2. *q.* 15. *et* 16. Haun. *tom.* 3. *tr. 9. n.* 907. magnif. D. de Chlingensperg. *c.* 13. *de feud. q.* 17. Estque hoc verum, licet illud delictum tale sit, ut bona delinquentis confiscari debeant; nam feudum non confiscabitur, cum delicta suos debeant tenere authores; *l. sancimus* 22. *C. de poenis.* neque per unius male factum agnatis innocentibus praejudicium inferri possit; *reg. non debet* 22. *in* 6. nisi forsan ob crimen laesae majestatis ex primo capite legis Juliae, et causa perduellionis, ac insidiarum in vitam principis totius familiae nomen in perpetuam ignominiam aboleretur;

tunc enim, exclusis agnatis, feudum reverteretur ad dominum; Gaill. *l.* 2. *de pac. publ. c.* 13. *n.* 16. Engl *hic n.* 47. *pr.*

193

Si secundum, et delictum a vasallo commissum sit in ipsum dominum communiter tradunt DD. filiis, et descendentibus per illud praejudicari; quia ob conjunctionem arctissimam defunctum repraesentant, et periculum est, ne cum sanguine etiam paternam malitiam participarint, ut dicitur *l. siquis* 5. §. *filii* 1. *C. ad leg. Jul. majest.* Controvertitur, an etiam excludantur agnati? In quo iterum sunt tres sententiae. *Prima* agnatis favet, *secunda* domino, *tertia* media aliquid domino, aliquid agnatis tribuit, dum ait feudum sic amissum aperire domino, et ab hoc retineri posse, quamdiu delinquens, et ejus filii, vel descendentes vivunt, post istorum mortem autem restituendum agnatis. Ita Clar. §. *feudum q.* 66. Vultejus *l.* 1. *c.* 11. *n.* 145. Vvesembec. *cons.* 73. *n.* 29. Struv. *c.* 15. *aph.* 14. Bocer. *n.* 143. *et seq.* Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 908. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *c.* 13. *de feud. q.* 17. magnif. P. Schmier *c.* 2. *de pact. et contr. n.* 571. et sumitur ex *l.* 2. *feud. tit.* 78. *et tit.* 98. ubi juxta correctionem Cujacii particula *non* est expungenda.

194

Dub. 7. ad quem pertineant fructus feudi amissi? Resp. Si feudum amissum sit ex culpa vasalli, fructus percepti ante sententiam condemnatoriam, sicubi illa opus est, pertinent ad delinquentem, ut dictum est *n.* 187. post sententiam condemnatoriam percepti cedunt domino, si huic statim aperiatur feudum, vel agnatis, si isti in feudum succedant immediate, excluso domino; Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *n.* 918.

Quodsi vero sine vasalli culpa e. g. per mortem feudum aperiatur, ex mente feudistae *l.* 2. *feud. tit.* 28. §. *his consequenter*, respondendum est cum distinctione: Vel enim vasallus moritur ante martium, e tunc omnes anni illius fructus una cum feudo ad dominum transeunt; si vero moritur post calendas martias usque ad mensem augusti inclusive, tuuc fructus totius anni ad haeredes vasalli allodiales pertinent. Cumputandum autem est anni initium regulariter loquendo a septembri, quod eo tempore, omnibus fere totius anni fructibus perceptis, ager de novo in futurum annum coli incipiat, et sic si vasallus post calendas martii decedat, hoc ipso supervixerit mediam anni inchoati partem, cons. cum propius ad tempus fructuum quaerendorum accesserit, censeatur acquisivisse jus percipiendi fructus pro illo anno, quod proinde ad haeredes allodiales trasmittet; secus, si decedat ante martium.

195

Dixi *regulariter*; nam responsio data non procedit de fructibus vindemiae, et aliis tardius colligi solitis, cum iniquum sit, quod vasallus qui integro anno coluerat vineam, fructus hosce, tardius colligi solitos, et collectos post finitum jam annum, ad haeredes non possit transmittere. Dicendum ergo, in ordine ad fructus illius anni, quo vasallus moritur, haeredi suo allodiali reservandos, nihil interesse, quo anni tempore mortuus sit, dummodo post calendas martii decesserit; Zas. *de feud. p.* 10. *n.* 109. magnif. D. de Chlingensperg. *c.* 13. *de feud. q.* 18. et alii passim.

196

Dub. 8. ad quem, finito feudo devolvantur melioramenta rei feudalis? Resp. Si feudum ex culpa amittitur, una cum ipso etiam melioramenta ad dominum, vel agnatos devolvuntur; *arg. l. in emphyteutcariis* 2. *C. de jur. emphyt. Excipiuntur* meliorationes extraordinariae, ex quibus feudi pretium auctum sit, et quas ex lege feudalis conventionis vasallus facere non tenetur; harum etenim pretium exigere vasallus non minus potest, quam si sine culpa feudum amissum esset, ob regulam generalem, quod nemo cum alterius jactura locupletari debeat.

Quodsi vero feudum amittatur sine culpa, tunc penes dominum est electio, ut vel permittat auferri, vel impensas meliorationis refundat juxta textus *l.* 2. *feud. tit.* 28. §. *ad hoc* vide plura apud Haun. *tom.* 3. *tr.* 9. *a n.* 919.

197

Dub. 9. an jus revocandi feudum, ob delictum commissum, transeat etiam ad haeredes domini, quando dominus ante mortem suam querelam contra vasallum non movit, nec apparet, quod movere voluerit? Vel ex adverso, an vasallo ante revocationem mortuo, contra haeredes ejus jus revocandi competat? Resp. ad utrumque casum negative. Ita Clar. §. *feudum q.* 64. *et seq.* Struv. *synt. jur. feud. cap.* 15. *aphorism.* 12. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *cap.* 13. *de feud. q.* 19. Engl *hic n.* 49. Konig *n.* 48. estque communis DD. nisi dominus culpam vasalli ignorasset, vel aliter in investitura cautum fuisset. *Ratio est*, tum quia dominus sciens injuriam, et non vindicans, vel saltem de ea protestans censetur remisisse; partim quia hujusmodi actio, qua vindicatur injuria domino illata, regulariter ex natura sua tanquam nimis personalis non datur haeredibus injuriam passi, neque contra haeredes injuriam facientis; *arg. his solis* 7. *C. de revocand. donat.*

198

Neque obstat, quod felonia commissa, domino competat *condictio causa data, causa non secuta*, ut dicitur *l.* 2. *feud. tit.* 21. quae condictio alias haeredi, et in haeredem datur. Nam dicendum tantum competere condictionem hanc improprie, et quae pro diversitate casus similis sit actioni ingrati, qua revocatur donatio. Igitur sicut ista successoribus donatoris non datur juxta *l. fin. C. de revocand. donat.* ita neque condictio ob feloniam commissam dabitur haeredibus domini, vel in haeredes vasalli delinquentis.

De judicio causarum feudalium dictum est *lib.* 2. *t.* 1. *a n.* 64.

TITULUS XXI.

De pignoribus, et aliis cautionibus.

Alienationibus, et contractibus in securitatem conventionis, et debiti adjici nonnunquam aliquae cautiones solent. Est autem cautio multiplex: et alia quidem *simplex*, quando nuda promissione creditor securus redditur; *alia juratoria*, quando creditor securus redditur, mediante juramento a debitore praestito; alia *idonea*, eaque duplex, videlicet *pignoratitia*, quae fit per pignora, et *satisdatoria*, quae per fidejussores idoneos. De fidejussoribus agetur *tit. seq.* praesente autem praecipue de pignoribus sermo erit.

§. I.

De pignoris, natura, et varietate

SUMMARIUM

1 *Diversa acceptio, et definitio pignoris.*
2 *Differentia pignoris ab hypotheca,*
3 *Convenientia cum eadem.*
4 *Dividitur primo in expressam, et tacitam; expressa in generalem, et specialem.*
5 *Quaenam bona comprehendantur sub hypotheca generali?*
6 *Tacita subdividitur in conventionalem,*
7 *Et legalem: ubi quibus casibus legalis hypotheca imponatur.*
8 *Dividitur secundo pignus in voluntarium, et necessarium: hoc in praetorium, et judiciale.*
9 *Forma pignoris, et hypothecae,*

1

Quaeritur 1. quid sit *pignus*? *Resp. Pignus*, *a pugno*, seu manu appellatum est, ut dicitur *l. plebs* 238. §. *pignus* 2. *ff. de V. S.* et ratio appellationis istius ibidem additur *quia res*, *quae pignori dantur*, *manu traduntur*. Tripliciter sumitur. 1. *Pro re ipsa*, quae in crediti securitatem creditori traditur, et obligatur: et ita accipitur: §. *contra autem* 1. *inst. quib. alienar. licet*, et *toto t. ff. et C. de distrac. pignor.* 2. *Pro ipso jure reali*, quod in re sibi oppignorata creditor; habet *toto t. ff. et C. qui potior. in pignor.* 3. *Pro ipso contractu pignoratitio*; et ita sumitur *l. hujus* 1. §. *fin. ff. de pact. l. pignus* 1. *pr. et* §. *si igitur* 1. *ff. de pignor. act.* Hoc tertio sensu potissimum accipitur in praesenti, et communiter definitur, quod sit *conventio*, *qua res aliqua obligatur creditori in securitatem debiti.*

2

Quaeritur 2. quomodo pignus differat ab hypotheca? Resp. Si generice accipiatur pignus, illud ab hypotheca solo nominis sono differt, ut dicitur *l. res* 5. §. *inter* 1. *ff. h. t.* Si autem stricte sumatur, magisque specifice, in hoc ab hypotheca distinguitur, quod *pignus* proprie locum habeat in rebus, quae manu traduntur creditoribus, ideoque fere tantum locum habet in rebus mobilibus; *l. plebs. cit. Hypotheca* autem fere consistat in immobilibus, et quae non traduntur creditoribus, sed penes debitorem manent, obligatae tamen creditori: adeoque pignus perficitur re, hypotheca vero solo consensu, seu conventione; §. *item serviana* 7. *inst. de act. l. si rem* 9. §. *proprie* 2. *ff. de pignor. act. l. contrahitur* 4. *ff. h. t.*

3

Quoad effectum tamen pignus, et hypotheca conveniunt; nam 1. per utrumque res fit obligata creditori in securitatem debiti. 2. Tam per contractum pignoratitium, quam per hypothecarium acquiritur jus distrahendi rem pignori, vel hypothecae datam, si debitor sit in culpabili mora solvendi. 3. Pro utroque datur actio hypothecaria, seu jus rem sibi oppignoratam a quovis possessore petendi, si solutionem debiti non possit consequi creditor; §. *item serviana cit.*

4

Quaeritur 3. quotuplex sit pignus, seu hypotheca? Resp. Pignus late aceptum, seu hypotheca duplex est, una expressa, altera tacita. *Expressa* constituitur vel expresso consensu, aut conventione partium, vel praecepto, aut sententia judicis, vel jussu, et voluntate testatoris, dum v. g. praedia sua obligat pro legatis a se relictis. Estque alia *generalis*, qua creditori obligantur omnia bona debitoris; alia *specialis*, qua eidem obligatur una, vel plures res certae, ac determinatae.

5

Sub generali hypotheca comprehensa censentur bona debitoris omnia, tam praesentia, et jam acquisita, quam futura, et acquirenda, quamvis istorum non sit facta mentio. *Excipiuntur* tamen 1. bona, quae debitoris defuncti haeres per se acquiret; *l. Paulus* 29. *pr. ff. h. t.* 2. Quae debitor, si eorum expressa mentio fuisset facta, verisimiliter obligaturus non fuisset ob eorum necessitatem, vel specialem affectionem; *l. obligationem* 6. *etc. ff. h. t. l. executores* 7. *C. quae res pignor. obligar. pos.* 3. Quae alienari principaliter ob favorem alicujus v. g. pupillorum, aut minorum prohibentur; *arg. l. imperatoris* 1. *et l. si pupillorum* 7. §. *si obligavit* 5. *ff. de reb. eor. qui sub tut.* 4. denique generaliter non includuntur in hypotheca generali, quae specialiter obligari nequeunt; Duran. *in spec. t. de pi-*

gnor. p. 1. *n.* 30. Negusant. *de pign. p.* 2. *memb.* 2. *n.* 61. Vviesl. *hic n.* 4.

6

Quaeritur 4. quid sit, et quotuplex sit *hypotheca tacita*? *Resp. Hypotheca, seu pignus tacitum* est, quod sine expressa hominum conventione inducitur. Etiam ipsum est duplex, videlicet aut conventionale, aut legale.

Conventionale dicitur, quod solo tacito consensu partium, ac reipsa contrahitur: quale constituitur domino in rebus , in praedium urbanum illatis non solum pro pensione, sed etiam pro deterioratione ipsius rei locatae; *l. Pomponius* 2. *et l. eo jure* 4. *ff. in quib. pign. vel hypoth. tacit. contrah. l. fin. C. eod.* modo eo animo inductae fuerint, ut ibidem quasi perpetuo sint; *l. in praediis* 7. §. *videndum* 1. *ff. eod.* Dixi *in praedium urbanum*: nam aliud obtinet in praediis rusticis; quia, ut res in ea invectae obligatae sint, non sufficit nudum factum invectionis, sed insuper requiritur expressa conventio; *l. eo jure cit. Excipiuntur* fructus in praedio locato nati; nam isti ob mercedem domino feudi tacite intelliguntur pignori esse sine expressa conventione; *l. in praediis cit. et l. quamvis* 3. *C. eod.*

7

Pignus, seu hypotheca legalis est, quam leges citra ullum hominis factum in favorem quorundam creditorum imponunt rebus. Talem hypothecam habet 1. *Maritus* in bonis uxoris, vel ejus, qui dotem sibi promisit, pro ea sibi praestanda; *l. un.* §. *et ut plenius* 1. *C. de rei uxor. act.* 2. *uxor.* in bonis mariti pro securitate et restitutione dotis, imo et bonorum paraphernalium, quorum ille administrationem habet; *c. ex litteris* 5. *h. t. l. un. et* §. *cit. l. ubi adhuc* 29. *C. de jur. dot.* 3. *Minores, et pupilli* in bonis suorum curatorum, et tutorum; uti etiam in bonis matris , si haec sit tutrix, et in bonis vitrici , si tutrix denuo nubat; *l. pro officio* 20. *C. de admin. tut. et l. fin. C. de legit. tutet.* 4. *Ecclesia* in bonis praelati, vel alterius administratoris ratione bonorum ecclesiasticorum, si is ea male administret; quia fungitur, sive gaudet jure minorum; *c. requisivit* 1. *et c. auditis* 3. *de in integ. restit.* 5. *Legatarii, et fideicommissarii* in rebus testatoris ratione rerum sibi ab hoc relictarum; §. *sed et olim* 2. *inst. de leg. et l. cum hi* 1. *C. commun. de legat.* 6. *Fiscus, et camera principis* in bonis suorum debitorum tam praesentibus , quam futuris; *l. universa* 1. *et l. certum* 2. *C. in quib. caus. pignus etc.* 7. *Mutuans* pecuniam ad aedium refectionem in iisdem aedibus, ex sua pecunia ita refectis; *l. creditor* 25. *ff. de reb. credit. et l. conventio* 1. *ff. h. t.* 8. *Pupillus* in re empta ex pecunia pupillari; *l. idemque* 7. *ff. qui potior. in pignor* 9. *Venditor* in re vendita contra emptorem ,

usque dum de pretio integre ipsi satisfiat; *l. quod si* 31. *§. idem Marcellus* 8. *ff. de aedilit. edict. l. Julianus* 13. *§. offerri* 8. *ff. de act. empt. l. haereditatis* 22. *ff. de haered. vel act. vend.* 10. *Redemptor* in servo, quem ab hostibus redemit; *l. qui testamento* 20. *§. potestatis* 1. *ff. qui testam. facere pos. l. in bello* 12. *§. si pignori* 12. *et l. si patre* 15. *ff. de captiv. et postlim. revers.* Plura de hypothecis tacitis, et ordine, quo veniunt creditores hypothecarii, videantur apud Harp. *in §. creditor.* 4. *inst. quib. mod. re contrah. oblig. a n.* 12. *et* Mol *tr.* 2. *D.* 427. *et* 536.

8

Quaeritur 5. quae sint aliae pignoris divisiones? Resp. Pignus in latiori sensu acceptum praeterea dividitur in voluntarium, et necessarium. *Voluntarium est*, quod constituitur per voluntatem debitoris creditori: quod fieri potest dupliciter, videlicet vel per voluntatem ultimam, quando nimirum testator creditori rem aliquam pignori, *ff. de pignor. act.* vel per conventionem, et actum inter vivos, estque vel *pignus in species*, vel *hypotheca*, ut ex dictis patet.

Necessarium est, quod authoritate, seu imperio magistratus constituitur: estque etiam ipsum duplex, nempe vel praetorium, vel judiciale. *Praetorium* dicitur, quod a praetore, seu magistratu constituitur ante latam sententiam, dum actor mittitur in possessionem, vel quasi possessionem rerum debitoris, ut ipsi cautum sit; *l. si praetorium* 1. *et l. seq. C. de praetor. pignor. Judiciale* vocatur, quod ex causa judicati capi solet, dum videlicet judex captione, et distractione pignorum ex bonis condemnati sententiam definitivam, a se latam, exequitur; *toto tit. C. si in caus judic. pign. capt. sit:* in qua executione initium fieri debet a modilibus; his autem deficientibus, vel non sufficientibus proceditur ad immobilia, et nomina, prout statuitur *l. a divo Pio* 15. *vers. in venditione* 2. *ff. de re judicat.*

9

Quaeritur 6. quae sit forma essentialis pignoris, vel hypothecae? Resp. Ut est contractus, consistit in voluntate debitoris, rem suam tradentis in securitatem debiti; ut vero est pactum, stat in nudo consensu debitoris obligantis rem suam. De cetero nec scripturam, nec certam verborum formulam necessario, et essentialiter requiritur; *l. praetorium* 1. *ff. de pignorat. act. l. contrahitur* 4. *ff. de pign. et hypoth. et auth. siquis C. quae res pignori etc.* Scriptura tamen super illo erecta praeter probandi facilitatem, etiam hanc utilitatem habet, quod in concursu creditorum is, qui habet hypothecam munitam publico instrumento, praeferatur illi, qui non habet publico instrumento, aut huic aequivalente munitam, etiamsi

iste habeat aliquod privatum scriptum, et dicat se esse tempore priorem, nisi hanc prioritatem aliis modis probare possit, et fraudis praesumptionem elidere; *l. scripturas* 11. *C. qui potior. in pignor.*

§. II.

De rebus, quae in pignus, vel hypothecam concedi possunt, vel non possunt.

SUMMARIUM

10 11 *Quaenam res pignori, vel hypothecae subjici possint?*
12 13 14 *Quae contra non possint?*
15 *An praelatis, vel rectoribus ecclesiarum prohibita sit etiam constitutio hypothecae generalis in bonis ecclesiasticis?*
16 *Respondetur negative.*
17 *Solvuntur argumenta opposita.*
18 19 20 21 *Quinam pignori, vel hypothecae dare possint?*
22 *An creditor possit retinere pignus, quod ei oeconomus ex rebus domini sine istius consensu, et ratihabitione dedit?*
23 *Quinam creditores accipere pignus possint pro credito?*

10

Quaeritur 1. quae res pignori, vel hypothecae subjici possint? Resp. Res omnes, quae vendi, vel alio modo alienari possunt, nisi specialiter sint exceptae. Et in specie quidem.

1. Res non solum mobiles, sed etiam immobiles, ut sunt aedes, fundi, praedia, ut omnes fatentur.

2. Res non solum, quae actu possidentur, sed etiam illae, quae sunt adhuc in spe, ea conditione, ut si extiterint, in pignus, vel hypothecam cedant.

3. Res non solum corporales, sed etiam actiones, et jura.

4. Ipsum pignus, quod quis habet a suo debitore, rursus alteri oppignorare potest: ubi tamen advertendum, casu quo primus debitor solvit, cessare oppignorationem secundam; quia cessat jus primi debitoris in pignore.

5. Jurisdictio temporalis; quia est res vendibilis: secus est de jurisdictione spirituali; quia est res invendibilis, et posita extra humanum commercium.

11

6. Ususfructus; *l. si is* 11. §. *ususfructus* 2. *ff. h. tit.* Item emphyteusis, ut dictum est *supra tit.* 18. *n.* 145.

7. Feudum cum consensu domini directi, non tamen sine tali consensu; *l.* 2. *feud. tit.* 8. saltem oppignoratione proprie dicta, seu quae possessionem feudi transferat: de quo *tit. praec. n.* 162. *in fin.*

8. Nomina debitorum, vulgo; *Sculdforderungen l. grege* 13. §. *cum pignori* 2. *ff. h. tit. et l. nomen* 4. *C. quae res pignori etc.* quae oppignoratio si fiat, primus debitor, a secundo creditore monitus, non potest solvere primo creditori; secundus enim creditor habet jus, ut debitore secundo non solvente, exigat debitum a primo debitore.

9. Servitutes rusticae, ut contra Donell. *tr. de pignor. c.* 10. et alios tenet communis juristarum cum Bartholo: in quo distinguuntur a servitutibus urbanis, quae principaliter, et solae hypothecae, vel pignori non possunt subjici, ut patet ex *l.* 11. *cit. in fin.* sed tantum in consequentiam i. e. si praedium oppignoratum, vel hypothecatum fuerit; tunc enim etiam servitutes, quae ei inhaerent, oppignoratae, vel hypothecatae censentur; quia accessorium sequitur principale; *reg. accessorium* 42. *in* 6.

12

Quaeritur 2. quae res in pignus, vel hypothecam concedi nequeant? Resp. In hac re regulae generalis loco a DD. traditur, illarum rerum oppignorationem censer i prohibitam, quae absolute, et per seipsas prohibentur vendi; *l. pupillus* 1. §. *eam rem* 2. *ff. quae res pignori etc. l. fin.* juncta gloss. *V. hypothecam in addit. C. de reb. alien. non alien.* Ratio est, tum quia oppignoratio est species quaedam alienationis late acceptae; tum quia est veluti via, ac dispositio ad venditionem, ad quam per illam devenitur; ideo enim creditori datur pignus, ut si debitor fuerit in mora solvendi, illud vendere, et ex eo sibi satisfacere creditor possit, ut constat ex *tit. ff. de distract. pignor.* In specie autem

1. Sine justa causa, et requisitis a jure solemnitatibus hypothecae speciali non possunt subjici res, seu bona ecclesiae immobilia, aut mobilia pretiosa, ut habetur *can. hoc jus porrectum* 2. *caus.* 10. *q.* 2. *c. nulli* 5. *et extrav. ambitiosae inter commun. de reb. eccl. non alien.*

13

2. Beneficia, et pensiones ecclesiasticae, quia cum sint res sacrae, et in jure spirituali fundatae, in commercium hominum non veniunt, et propterea nec vendi possunt.

3. Calices, patenae, ceteraque ecclesiarum supellex, affecta consecratione, vel benedictione ob eandem rationem. Ex causa tamen urgentis necessitatis valde gravis, ejusmodi res in securitatem crediti

pignori dari possunt etiam laico ; quia eo casu pro pretio, valori, et aestimationi illorum commensurato, etiam vendi possunt.

4. Res communi, et publico usui deputatae, uti plateae, et viae publicae, nisi princeps consentiat; quia sine istius consensu etiam vendi non possunt, prout dicitur §. *idem juris* 2. *inst. de inutil. stipulat.* §. *fin. inst. de empt. et vendit.*

14

5. Res litigiosae, ut patet ex *toto tit. C. de litigios.* tum ex *supra* dictis; quia videlicet vendi non possunt.

6. Res alienae, nisi vel dominus consentiat, vel postea ratum habeat, vel oppignorare eam volenti jus aliquod in eam competat. Si dominus postea ratum habeat, ratihabitio retrotrahitur ad diem oppignorationis factae, non tamen in praejudicium tertii, ut cum aliis observat Molin. *tract.* 2. *de J. et J. D.* 529. *n.* 3.

7. Liber homo; *c. lator* 2. *h. tit. l. ob aes.* 12. *C. de O. et A. l. qui filios* 6. *C. quaeres pignori etc.* et praesertim *novell.* 134. *c.* 7. *Excipitur* casus extremae necessitatis; nam in hac pater filium vendere, vel pignori dare ad illam sublevandam potest, ut cum aliis ostendit Gonzal. *in c.* 2. *cit.* Idem dicendum de eo, qui captus est; nam iste se in pignus dare alteri pretium solvendi potest, donec ipse hoc ei restituat, vel serviendo satisfaciat; *l. ab hostibus* 2. *et l. si liberum* 9. *C. de postlim. revers.* Haec satis certa.

15

Dubium inter DD. est, an praelatis, et ecclesiae rectoribus prohibita sit etiam constitutio hypothecae generalis in bonis ecclesiasticis? Affirmant prohibitam Bonacin. *tr. de alien. q. un. p.* 2. *n.* 23. Donat. *tom.* 1. *prax. regul. p.* 2. *tr.* 14. *q.* 67. *n.* 1. et apud hos Covar. et Molina. *Moventur* 1. textu *extrav. ambitiosae cit. et decreto s. congr. card. trid. interpr. jussu Urbani VIII. edito*, ubi omnium rerum, et bonorum ecclesiasticorum alienationes, et hypothecationes prohibentur generaliter, et omissa illa particula *specialis*, quae habetur jure antiquiori *c. nulli cit.* quod signum minime obscurum est, quod pontifex etiam generalem hypothecam bonorum ecclesiasticorum voluerit esse prohibitam, si sine solemnitate canonica fiat. 2. 2. *a pari*: nam populatores agrorum etiam diurnos privilegio asyli ecclesiastici non gaudere communiter solum statuitur ex eo, quod Gregorius XIV. *constit.* incipit *cum alias*, *edita* 9. *cal jun.* 1591. referens eos, qui asylo non gaudent, etiam recenseat depopulatores agrorum, et hos indistincte, atque omissa particula *nocturnus*, ut jus antiquum *c. inter alia* 6. *de immunit. eccl.* volebat: igitur cum etiam in nostro casu pontifex *extrav. cit.* omiserit particulam *speciales* insertam *c. nulli cit.* merito concludetur prohibitam esse etiam hypothe-

cam generalem ; 3. *a ratione* : quia potest contingere , ut debita nomine ecclesiae contracta tanta sint, ut ad ea expungenda mobilia non sufficiant, et cons. necesse sit immobilia, et mobilia pretiosa in solutum dare , vel distrahere ; sic autem per hypothecam generalem aeque perveniretur ad alienationem immobilium , et mobilium pretiosorum , ut perveniretur per specialem : igitur cum eadem pugnet ratio , generalis non minus , ac specialis debet esse prohibita.

16

Sed his non obstantibus , dicendum , quod hypotheca generalis, si justa causa hoc exigat, vel suadeat , praelatis jure tam antiquo, quam novo sit licita , atque ab iis fieri etiam sine solemnitatibus alias requisitis possit. Ita Abb. *in c. nulli cit. n.* 3. Joann. Andr. *ibid. n.* 1. Redoan. *de reb. eccl. non alien. rubr.* 1. *c.* 6. *num.* 12. Molin. *tr.* 2. *de J. et J. D.* 466. *n.* 1. Konig *hic n.* 20. Vviest. *n.* 10. et docui *supra tit.* 13. *n.* 20. Colligitur ex *c. nulli cit.* per argumentum ductum a sensu contrario. *Conf.* nam ex duabus speciebus oppositis unius assumptio censetur esse alterius exclusio , et vicissim unius exclusio alterius assumptio ; *arg. l. si inter* 15. *ff. de except. rei judic.* junct. gloss. *in Clem.* 2. *V. directe contrariis de testib.* igitur cum *c. nulli cit.* expresse loquatur de hypotheca speciali , tantum ista censetur prohibita.

17

Neque contrarium evincunt argumenta opposita. *Ad* 1. per *extr. cit.* ut bene notant Quarant. *summ. bullar. V. alienatio n.* 5. Pirh. *de reb. eccl. non alien. n.* 54. Vviest. *hic n.* 11. antiquae prohibitioni tantum adduntur duo casus , sc. ne rerum ecclesiasticarum immobilium alienatio fiat , inconsulto pontifice , et ne fiat absque ejus consensu locatio earundem ultra triennium : quoad cetera autem jus antiquum per eam mansit penitus incorrectum , imo firmatum etiam, ut colligi potest ex verbis *praeterquam in casibus jure expressis*: ergo etc. *Ad* 2. negatur paritas ; constat enim , quod *constitutione Gregoriana cit.* saeculari potestati ultra casus , jure antiquo expressos , aliquid permissum sit , ut clare indicant ejusdem verba , quibus depopulator agrorum diurnus expresse ab asylo excluditur : hoc non ita constat de hypotheca generali. *Ad* 3. neque juris antiqui constitutio se extendit ad casum , quo ecclesiarum bona etiam in communi pro tanta quantitate obligantur , ut illa exponantur distractionis , vel alienationis periculo ; quia vero hoc periculum in hypotheca generali plerumque non est , est autem in hypotheca speciali , merito ista prohibita , illa fuit permissa. Accedit , quia , ut *supra n.* 5. dictum est, in hypotheca generali non censentur inclu-

sa, quae principaliter ob favorem alicujus sunt alienari prohibita: talia autem sunt bona ecclesiarum immobilia, et mobilia pretiosa; nam quod alienari prohibeantur, est favor ecclesiae.

18

Quaeritur 3. quinam pignori, vel hypothecae dare possint, vel non possint? Resp. Pignori dare possunt, qui contrahere, vel alienare; contra qui contrahere, vel alienare nequeunt, neque pignus possunt constituere. *Ratio est*, quia, debito non soluto, creditor, ut *infra n.* 31. potest rem pignori datam distrahere: igitur necesse est, ut, qui pignus constituit, habeat potestatem alienandi.

19

In specie autem 1. non potest maritus obligare fundum dotalem, etiam consentiente uxore; *l. un.* §. *et cum* 15. *C. de rei uxor. act.* Quod fallit in bonis dotalibus mobilibus; *arg. l. intestato* 3. §. *si dotalem* 2. *ff. de suis, et legit. haered. et l. etsi* 3. *C. de jur. dot.* et in immobilibus aestimato datis, quorum periculum statim in maritum transit; *l. plerumque* 10. *pr. et* §. *si ante* 4. *ff. de jur. dot. et l. quotiens* 5. *C. eod.* licet harum rerum hypotheca, soluto matrimonio, post *l. in rebus* 3. *C. eod.* inutilis sit.

20

2. Licet tutor, vel curator res pupilli, et minoris mobiles non pretiosas propria authoritate subjicere possit pignori, non tamen immobiles, aut mobiles pretiosas, quae servando servari possunt, nisi accedat decretum judicis; *l. lex* 22. *C. de administr. tutor.* Quodsi pro mutuo habendo tutor, vel curator ex rebus pupilli, aut minoris pignus dedit, ad creditorem spectat, ut probet, quod mutuum conversum fuerit in utilitatem pupilli, vel minoris; alias obligatio pignoris nulla est. Qua ratione conciliari debet *l. si in rem* 3. *C. quand. ex fact. tutor.* cum *l. curator* 3. *C. si aliena res pignori etc. et l. tutor* 16. *ff. de pignorat. action.*

21

3. Procurator habens omnino liberam rerum administrationem potest juxta facultatem sibi concessam oppignorare res domini, etiam ad contractus gratuitos: si vero habeat administrationem universalem quidem, sed non liberam, tum solum oppignorare res domini poterit, si dominus hoc solebat facere; secus, si dominus id non solebat; *l. solutum* 11. *fin. et l. seqq. ff. de pignorat. act.*

22

Dubitatur, an creditor possit retinere pignus, quod ei oeconomus ex rebus domini sine istius consensu, et ratihabitione dedit? Resp. cum distinctione: vel enim creditor sciebat rem esse alienam, vel ignorabat. *Si primum*, non habet jus retinendi pignus, bene

tamen repetendi, quod dedit sub pignore. *Si secundum*, et pecunia, quam sub pignore dedit, conversa fuit in utilitatem domini, pignus retinere creditor potest; *l. procurator* 1. *C. si aliena res pignori etc.* non tamen tenetur dominus, si pignus nondum traditum est, ad illud tradendum, sed duntaxat ad solvendum tantum, quantum in suam utilitatem conversum est: nisi forte casu vel nulla, vel non tanta utilitas in dominum redundarit, quam quanta debuit, et rationabiliter ab oeconomo, vel negotiorum gestore sperabatur.

23

Quaeritur 4. quinam creditores accipere pignus possint pro credito? Resp. Possunt creditores regulariter omnes, ex quacunque causa sint tales, modo facultatem contrahendi, et seipsos obligandi habeant. Et hinc quia pupilli sine tutoris authoritate seipsos obligare nequeunt, etiam pignus non possunt accipere ob metum actionis pignoratitiae; *l. pupillo* 38. *ff. de pignorat. action.*

§. III.

De effectibus pignoris, et ejus dissolutione.

SUMMARIUM

24

Effectus contractus pignoratitii maxime triplex est: 1. obligatio tum debitoris, tum creditoris: 2. jus in re oppignorata: 3. actio, eaque multiplex. Hinc

Quaeritur 1. quaenam obligatio oriatur ex contractu pignoratitio. *Ad* 1. *quidem dubitatur*, quaenam oriatur ex eo obligatio in debitore? Resp. 1. Debitor, qui pignus promisit, tenetur illud tempore, et loco statuto creditori tradere; alias frustra promitteret: 2. traditum creditori non potest ab eo repetere, nisi eidem vel per solutionem, vel alia ratione satisfecerit: 3. si creditor in conservando pignore aliquas expensas fecit, tenetur is, qui dedit pignus, easdem solvere; *l. si necessaria* 8. *l. si servos* 25. *ff. de pignorat. act. et l. creditor* 7. *C. eod.* Debet tamen, ut *l. si servos cit.* dicitur, creditor in faciendis expensis, etiam utilibus, ita moderatus esse, ut non cogat debitorem vel pignus vendere, vel relinquere creditori.

25

Dub. 2. quae sit obligatio creditoris ex contractu pignoratitio? Resp. 1. Creditor, qui pignus habet, obligatur ad illud fideliter custodiendum, teneturque non solum de dolo, et lata culpa, sed etiam de levi; *l. si servos cit. l. quae fortuitis* 6. *C. eod. et l. sicut* 19. *C. h. tit.*

2. Non potest uti pignore, nisi usus cedat in commodum debitoris, ut cum praedia sibi oppignorata elocat; quia cultura me-

liora redduntur ; *l. creditor* 23. *ff. h. tit.* Idemque dicendum est , quando usus nullum prorsus incommodum affert debitori ; tunc enim praesumi debet de consensu debitoris , ut patet ex dictis *supra tit.* 16. *n.* 9. Secus , si pignore utatur creditor, committit furtum; §. *furtum* 6. *inst. de oblig. quae ex delict. et l. si pignore* 54. *ff. de furt.* teneturque resarcire damna pignoris quo usus est ; *l. creditor* 3. *C. de pignor. act.*

26

3. Si debitum totum solutum sit creditori tenetur ille pignus sibi datum illico reddere; *l. pignoris* 11. *C. de pignor. act.* neque potest recusare solutionem sibi oblatam ; quia pignus traditur non absolute, sed in securitatem debiti. Addidi, *si totum solutum fuerit;* nam si non totum solutum fuerit , pignus retinere creditor potest , quia jus pignoris indivisum est pro toto debito; *l. quamdiu* 6. *C. de distract. pignor. et l. qui pignori* 19. *ff. h. tit.*

4. Nec solum pignus restituere debet, sed etiam fructus , meliorationes, et accessiones; *l. si fundus* 16. *pr. et l. si inter* 21. §. *quidquid* 2. *ff. h. tit. l. si convenerit* 18. §. *si nuda* 1. *ff. de pignor. act. Proceditque hoc* , non tantum de fructibus perceptis a creditore, sed etiam de iis, quos ipse ex re sibi oppignorata percipere potuisset, et per negligentiam intermisit percipere; *l. si creditor* 3. *C. de pignor. act.* Ratio est, quia fructus pignoris spectant ad debitorem, tanquam dominum : et contractus pignoris tam in bonum debitoris , quam creditoris celebratus est : atqui in hujusmodi contractibus , qui sunt gratia utriusque , tenetur contrahens etiam ex culpa levi , si per eam damnificetur alter contrahens : ergo si culpa levi etiam aliquos fructus non percepit creditor, quos potuisset percipere, damnum illud reparare debitor debet.

27

Quaeritur 2. quod sit jus creditoris in pignore, vel hypotheca sibi concessa ? Resp. Etsi proprietatem illius non acquirat, tamen si traditum ipsi sit, possessionem ejusdem habet, ita , ut si aliter debito ipsius non satisfiat a debitore, satisfactionem ex pignore , vel hypotheca quaerere sibi possit. Hinc fit, ut creditor rem ita sibi obligatam a quovis alio possessore vindicare sibi possit; *l. pignoris* 17. *ff. h. tit.* donec ipsi pro debito sit satisfactum, adeoque sublata obligatio pignoris; *l. si cum venditor* 66. *ff. de eviction.*

Proceditque hoc, etsi res, in pignus , vel hypothecam concessa, sit vendita alteri a domino ejusdem, seu debitore; quamvis enim eo casu dominium illius transferatur in emptorem, semper tamen res illa secum onus suum , seu pignoris obligationem trahit , ut decernitur *cap. ex litteris* 5. *h. tit. et l. si debitor* 12. *C. de distract.*

pignor. imo obligatio ista ad emptorem transit, etsi res oppignorata vendita, vel distracta sit ex mandato judicis; quia per hoc non potest tolli jus pignoris competens creditori, cum factum, seu sententia judicis tertio praejudicare non debeat; *cap. ex tenore* 11. *de for. compet. c. cum super* 17. *de sent. et rejudic. l. praetor* 2. §. *si quis a principe* 16. *ff. ne quid in loc. publ. etc.* Imol. *in cap.* 5. *cit. n.* 2. Abb. *n.* 3. Pirh. *hic n.* 6.

28

Ex quo sequitur, quod creditor rem sibi oppignoratam, sive expresse, sive tacite oppignorata sit, vindicare sibi etiam ab emptore ejusdem possit, quo tamen casu iste, nempe emptor, liberabitur a solutione ejus, quod venditori debet pro ea re sibi vendita.

Excipitur, si cum consensu creditoris fundus, hypothecae subjectus, alienatus sit; tunc enim jus hypothecae remisisse censetur, dummodo effectus secutus sit, adeoque alienatio, et traditio rei facta; *l. sicut* 8. §. *si voluntate* 6. *ff. quibus mod. pign. solvit.* idem dicendum, si creditor convenit, ut res, pignori ipsi obligata, filiae debitoris in dotem detur; *l. Lucius* 11. *ff. eod.*

29

Dub. I. an creditor rem sibi oppignoratam possit alteri oppignorare? Resp. potest: idque extenditur etiam ad haeredem creditoris, ut tradit gloss. *in c. cum contra* 6. *h. tit. in notat.* Abb. *ibid. n.* 4. Pirh. *hic n.* 20. hoc tamen ut rite fiat, sequentia sunt advertenda

1. Primus creditur non potest in plus, seu pro majore quantitate debiti pignus obligare secundo creditori, quam ei fuerat obligata a domino, seu primo debitore; *l. etiam* 1. junct. gloss. *V. placuit, et l. seq. C. si pignus pignori etc.* Ratio est, quia alias rem domini, seu primi debitoris difficiliorem redderet, ut qui pignus difficilius recuperare posset.

30

2. Non potest pignus ultra tres vices alteri dari, ita, ut quidem primus creditor possit rem sibi oppignoratam dare secundo creditori in pignus, et hic tertio, non tamen ultra, ut vitetur processus in infinitum, a quo etiam natura abhorret; *arg. c.* 2. *de rescript. in* 6. Durand. *in specul. hic n.* 22. Abb. *l. cit. n.* 7.

3. Si primus debitor solvit debitum, pro quo rem suam in pignus primo creditori dedit, extinguitur etiam jus pignoris in secundo creditore, cui primus creditor rem sibi pignori datam oppignoravit; quia resoluto jure authoris, resolvitur etiam jus successoris, qui a primo causam, seu jus pignoris dependens habebat; *l. si creditor* 2. *C. si pignus pignori etc. et ibi* gloss. *in casu*, *l. lex* 31. *ff. h. tit.*

Abb. *l. cit. n.* 5. Pirh. *n.* 20. *cit.* proinde ejusmodi solutione facta, secundus creditor pignus amplius retinere non potest. Idem dicendum est, quando fructus a primo creditore percepti extinguunt debitum principale una cum fructibus perceptis a secundo creditore, ut notant Abb. et Pirh. *l. cit.* et ratio est, quia hoc modo jam extinctum est principale debitum, et pro quo res obligabatur pignori.

31

Dub. 2. an creditor possit rem sibi oppignoratam vendere? Resp. Si debitum ipsi constituto tempore solutum non sit, potest rem sibi oppignoratam vendere, sive deinde inter ipsum, et debitorem ab initio convenerit, ut liceret vendere, sive non: imo etiam si convenit de non distrahendo, quo tamen casu ad distractionem valide, et rite peragendam opus est trina denuntiatione per intervalla arbitraria; *l. si convenit 4. fin. ff. de pignorat. act. Neque obstat*, quod creditor non sit dominus pignoris; quia haec est natura pignoris, ut ex eo satisfactionem quaerere sibi creditor possit, si debitor sit in mora solvendi.

32

Multo magis potest creditor licite vendere fructus, quos ex re oppignorata percepit, ita tamem, ut pretium, quod ex fructibus divenditis percipit, computare in sortem debeat, sicut in sortem computare debuisset ipsos fructus, si hos non divendisset; Abb. *in cap.* 6. *n.* 5. *in fin. h. tit.*

Interrogari potest, quamdiu expectare creditor solutionem debeat, ut rem sibi oppignoratam possit distrahere? Resp. cum distinctione; nam si conventum est super distractione, et modo distrahendi, standum est pacto; *l. si convenit cit.* si vero nihil de distrahendo pignore actum est, debitori semel denuntiatio facienda, et post hanc biennium exspectandum est, quo elapso, si debitor nondum solverit, procedit venditio pignoris; *l. fin. §. sin autem 3. C. de jur. domin. impetrand.*

33

Quaeritur 3. quaenam actiones competant ex contractu pignoris, vel hypothecae? Resp. Competunt quatuor diversae actiones, et una quidem ex his debitori, ceterae autem tres creditori.

Dub. 1. quaenam actio competat debitori? Resp. Debitori, si is debitum integre solvit, et aliud debitum non intervenit, competit actio pignoratitia personalis directa, qua agit contra creditorem, vel haeredes ejusdem, ut pignus integrum una cum fructibus restituat, vel si ex culpa sua deterius reddidit, damnum resarciat, nisi in debito fuerit compensatum: quodsi pignus interierit ex culpa, tunc a-

git ad restituendum excessum valoris ultra debitum, prout habetur *l. pignoris* 11. *et l. seq. C. de pignorat. action.*

34

Addidi, *si aliud debitum non intervenit*; nam si supervenit aliud debitum, etiamsi non fuerit res pro illo debito oppignorata, retinere tamen creditor pignus potest, donec solvatur, ut statuitur *l. un. C. etiam ob chirographariam etc. Proceditque hoc* 1. etiam in debito contracto ante pignoris traditionem, ut bene notat Haun. *tom.* 4. *de J. et J. tr.* 10. *n.* 942. *in fine;* dolo enim agit, qui vult solvere debitum habens pignus constitutum, et non aliud. *Procedit* 2. ut pignus retineri possit etiam pro impensis factis a creditore in custodiam, et conservationem pignoris; *l. si necessarias* 8. §. *fin. ff. de pignorat. act.* quia revera etiam istae debentur. *Procedit* 3. ut retineri possit etiam pro usuris, si in sortem, et usuras simul, et simpliciter obligatum, atque acceptum sit; *l. solutum* 11. §. *si in sortem* 3 *ff. eod.*

35

Dub. 2. an etiam creditori competat actio pignoratitia? Resp. Huic datur actio pignoratitia personalis contraria. Ista convenire debitorem quadruplici casu potest. 1. Si iste possessionem pignoris a creditore impetravit ex precario, vel ex conducto, ut illud restituat; *l. si quasi* 3. *et l. si pignore* 22. §. *si post distractum* 3. *ff. de pignor. action.* 2. si sumptus aliquos in pignus fecit, ut illos debitor solvat; *l. si necessarias* 8. *ff. eod.* 3. si debitor dedit pignori rem alienam, vel alteri jam prius oppignoratam, donatam etc. *l. si rem alienam* 9. *pr. l. tutor* 16. §. *contrariam* 1. *et l. si quis* 36. §. *sed etsi* 1. *ff. eod.* 4. si pignus a creditore venditum emptori evictum sit; *l. in creditore* 38. *ff. de eviction.*

36

Dub. 3. quaenam aliae actiones creditori dentur ex pignore? Resp. 1. si praedium rusticum locavit, competit ei *actio serviana*, qua creditor res coloni, in fundum conductum illatas, vel invectas, et expressa conventione pro mercede locationis, et deterioratione fundi pignori suppositas, ab earum quovis possessore petit; Haun. *tom.* 4. *de J. et J. tr.* 10. *n.* 945. cum aliis. 2. cui vis creditori tam ratione hypothecae, quam ratione pignoris proprie, et in specie acceptorum, competit *actio quasi serviana*, quae alio nomine communiter appellatur *hypothecaria, et utilis serviana*, et definitur, quod sit vindicatio, qua creditor persequitur res pignori sibi expresse, vel tacite obligatas. Instituere hanc potest contra singulos debitoris haeredes in solidum, quo differt a personali pignoratitia, ut habetur *l. fin. C. si unus ex pluribus etc.* Si eam instituere velit contra possessorem extraneum, prius actione personali convenien-

dus, et excutiendus est reus principalis, seu debitor, qui pignus dedit, aut ejus haeredes, vel fidejussores; *l. persecutione* 24. cum *auth. seq. C. h. tit.* Ut locus actioni hypothecariae sit, actor duo probare debet: unum est, quod res, quam persequitur, fuerit sibi a debitore oppignorata, vel hypothecae subjecta; alterum, quod ea tempore contractus fuerit in bonis debitoris.

37

Quaeritur 4. quibus modis dissolvatur obligatio pignoris? Resp. id variis modis contingere. 1. Si debitum extinctum sit per solutionem totius debiti, vel per aliam satisfactionem; *l. nec creditores* 11. *C. de pignor. action.* 2. Si debitor pecuniam, aut rem debitam exhibuerit creditori, et eo recipere recusante, eam obsignaverit, et solemniter deposuerit; *l. nec creditoris cit.* 3. Si creditor debitori remiserit debitum vel expresse cum eodem paciscendo de non petendo debito, vel tacite reddendo illi syngrapham; *l. sed tibi* 17. §. *de pignore* 2. *ff. de pact. l. creditricem* 7. *C. de remiss. pignor.* 4. Si debitor absolvatur per sententiam judicis, licet injustam; *l. si deferente* 13. *ff. quib. mod. pignor. vel hypothec. solvit.* 5. Si tempus sit lapsum, ad quod pignus, vel hypotheca contracta est; *l. item* 6. *pr. ff. eod.* 6. Si debitor pignus, vel hypothecam alienavit, consentiente creditore; tunc enim censetur iste remisisse obligationem pignoratitiam; *l. si debitor* 4. §. *si in venditione* 1. *ff. eod.* 7. Similiter remisisse obligationem censetur creditor, si pignus debitori restituit, quando non constat, quod ad alium finem restituerit; *l. postquam* 3. *ff. de pact.* 8. Denique obligatio pignoris exspirat interitu totali rei oppignoratae, sive interitus ille sit physicus, sive moralis, qualis esse potest in re incorporabili, v. g. usufructu; *l. sicut* 8. *in pr. ff. quib. mod. pign. vel hypothec. solvit.*

§. IV.

De pacto antichreseos, et legis commissoriae nonnunquam contractui pignoris addi solito.

SUMMARIUM

38

Quaeritur I. quid sit, et an licite contractui pignoris addi pactum antichreseos possit? Resp. *Antichresis* est conventio, seu pactum, quo inter creditorem, et debitorem convenit, ut donec debitum solvatur, creditor in vicem usurarum ex fundo oppignorato fructus percipiat, ita, ut eas non teneatur computare in sortem.

Hoc pactum jure civili non obscure approbatur; *l. conventio* I. §. *pacto* 3. *et l. si is* II. §. *si antichresis* I. *ff. h. tit.* et licite addi contractui pignoris videtur etiam probare ratio: cum enim debitor utatur, et fruatur commodis pecuniae sibi creditae, aequum esse apparet, ut vicissim creditor in ejusmodi commodorum compensationem utatur, et fruatur re sibi oppignorata.

39

Sed aperte repugnat jus canonicum; *c. quoniam* 2. *et c. de usur. c. illo* 4. *et c. cum contra* 6. *h. tit.* ubi ejusmodi pactum, etsi non expressis verbis, implicite tamen damnatur ut usurarium, dum jubentur fructus in sortem computari, et possessiones oppignoratae restitui. Et hinc, ut notat Duarenus *de usur. c.* I. Gonz. *in c.* 6. *cit. n.* 13. et alii, his textibus prius allegatae leges civiles sunt abrogatae. Nec immerito: quia usura est, quidquid ultra sortem ac-

cipitur: atqui hoc fieret, si fructus non computarentur in sortem; ergo etc.

Quare dicendum creditorem ex ejusmodi pacto non posse fructus ex re oppignorata percipere, praecise ex eo, quod debitor utatur, fruaturque commodis rei creditae, sed eosdem computare in sortem debet, sive in partem solutionis debiti, ita, ut illius quantitas secundum ipsorum aestimationem decrescat, imo si ista debitum adaequet, omnino extinguatur. Ita omnes.

40

Dixi *praecise*: nam plures sunt casus, in quibus fructus, ex re oppignorata percepti, in sortem computari non debent. Et talis est 1. si a vasallo in pignus datus sit fundus feudalis domino feudi; nam hic fructus feudi sibi oppignorati suos facit, ut habetur *c. insinuatione* 1. *de feud. et c. conquestus* 8. *de usur.* quorum textuum decisio, etsi solum loquatur de feudo ecclesiae, a communi tamen DD. extenditur etiam ad feuda saecularia, ut dictum est *tit. praec. n.* 166.

2. Potest maritus percipere fructus possessionum, i. e. agrorum etc. pro dote sibi obligatorum, nec tenetur in dotem necdum sibi traditam computare, cum frequenter dotis fructus non sufficiant ad onera matrimonii supportanda; *c. salubriter* 16. *de usur.*

41

3. Potest clericus fructus beneficii sui a laico injuste possessi, et sibi oppignorati licite percipere, et retinere, ita, ut eos non teneatur in extenuationem sortis conferre; *cap. plures* 1. *in fin. de usur.* quia sic per viam occultae compensationis redimit id, quod ad se legitime spectabat.

4. Potest creditor ex fructibus pignoris compensationem sibi facere sumptuum, quos circa rem oppignoratam fecit, si moderati illi sint, et necessarii, vel utiles; *l. si necessarias* 8. *pr. l. si servos* 25. *ff. de pignor. act. l. creditor* 7. *fin. C. eod.* junct. gloss. *fin. et l. in summa* 6. *C. h. tit.*

5. Universim, ne creditori mutuatio, et pignoris frugiferi detentio damnosa sit, in sortem computare eos tantum fructus tenetur, qui supersunt, deducto lucro cessante, damno emergente, expensis factis, labore impenso etc.; *c. plures* 1. *et c. quoniam* 2. *de usur. c. ad nostram* 7. *de jurejur. l. si necessarias*, *l. si servos*, *l. in summa cit.*

42

Quaeritur 2. quid sit, et an licitum sit *Pactum legis commissoriae*, adjectum contractui pignoris? *Resp. pactum legis commissoriae* tunc datur in pignore, quando inter creditorem, et debitorem

convenit, ut si iste debitum intra statutum tempus non solvat, pignus pro eo datum committatur, et transeat in dominium creditoris.

Pro cujus conventionis honestate militat non contemnenda ratio, quod sc. cuilibet, qui rerum suarum administrationem habet, de iis pro libitu pacisci liceat, et paciscendo conditionem suam deteriorem facere; *l. juris gentium* 7. §. 13. *l. in traditionibus* 48. *ff. de pact. et l. in re mandata* 21. *C. mandat.* ergo sicut alia, ita etiam commissionis pactum debitor potest addere. *Conf.* a pari cum emptione, et venditione, in qua pactum hoc permissum est addere, et pacisci, ut si emptor constituto tempore non solverit pretium, res sit inempta; *l. cum venditio* 2. *etc. ff. de leg. commissor.* et dictum est *tit.* 17. *a n.* 52.

43

Sed his non obstantibus, dicendum, ejusmodi pactum adjectum contractui pignoris regulariter prohibitum, et irritum esse ipso jure, ita, ut nulla ex eo obligatio oriatur. Constat ex *c. significante* 7. *h. tit. et l. fin. C. de pact. pignor.* Nec immerito facta est pactorum hujusmodi prohibitio; nam duplex causa ad istam faciendam movere poterat; et *primo* quidem, ut ita coerceretur foeneratorum avaritia, quorum fraudibus talium pactorum licentia obnoxios reddit debitores, utpote qui fiducia solutionis in tempore faciendae, et reddendi pignoris facile in ejusmodi pactiones consentiant: *deinde* vero ut tolleretur usurariae iniquitatis periculum, quod obvium in hujusmodi pactis foret, cum plerumque pignora pecuniae creditae quantitatem valore suo multum excedant.

44

Ad argumentum in contrarium allatum dico, per *cit.* ibi leges cuique licitum esse pacta inire circa rem suam; non tamen quaecunque, sed illa tantum, quae juri sunt consona. *Ad Conf.* negatur paritas cum venditione; nam in hac nullum est periculum usurariae, non magnum autem alterius iniquitatis; cum enim res fere pretio justo venire soleant, injuriam, aut damnum non patitur emptor, si pretio ad tempus solutioni praefixum non numerato, res pro inempta habeatur.

45

Quaeritur 3. quo jure irritum sit pactum legis commissoriae additum pignori? Resp. probabilius irritum esse solo jure positivo; nam hoc secluso, non apparet, quare non creditor pacisci possit, ut debitor in poenam fidei non servatae pignus committat, etiamsi aestimatio pignoris excedat debiti quantitatem, modo excessus sit moderatus. Imo juxta Bartolum, et communem aliorum nec jure positivo absolute reprobatur, sed solum tunc, quando pignus datur in solutum in poenam commissi.

46

Hinc ajunt, si inter creditorem, et debitorem conventuum sit hoc modo, ut si debitum intra constitutum tempus non fuerit solutum, pignus sit emptum, aut in solutum datum creditori justo pretio, seu quanti tunc arbitrio boni viri, vel judicis aestimabitur, ejusmodi pactum tenere etiam de jure positivo; neque enim in tali casu, si proprie loquamur, intervenit pactum legis commissoriae, cum non id agatur, ut debitor absolute perdat pignus, una cum excessu ultra debitum, et creditor aliquid ultra sortem accipiat; sed solum, ut cogatur debitor pignus justo pretio vendere, quod licet sit aliquod onus, non tamen imponitur vi mutui dati, sed in poenam debiti statuto tempore non soluti, et in creditoris indemnitatem.

47

Addidi *justo pretio*; nam etsi hoc quidam extendant ad pactum, quo creditor cum debitore convenit, ut in poenam solutionis non factae statuto tempore venditum sit pignus pretio determinato, quod sit minus justo, merito tamen hujusmodi pactum ab aliis reprobatur cum Covar. Palao etc. Neque est paritas cum priore casu; nam in hoc creditor occasione dilatae solutionis acquirit aliquid ultra sortem, et debitor damnum in pignore patitur, quod ne fieret, irritatum lege est pactum commissorium.

48

Quaeritur 4. an si paciscentes non addant, ut pignus ob solutionem non factam sit venditum justo pretio, sed solum dicant, *sit venditum*, justum adhuc sit pactum? Affirmant Tiraquell. Bartol. et alii: negant non pauci apud Gonzal. *in c. significante* 7. *tit. n.* 11. quia, ut ajunt, talis conventio aequalem captionem, et asperitatem habet, ac lex commissoria, cum vis, et potestas utriusque pacti eo recidat, ut creditor pro debito ad diem non soluto consequatur dominium pignoris, quod forte majoris est pretii, et aestimationis, quam debitum.

49

Tenenda via media, et dicendum cum communi DD. post Covar. tenere ejusmodi pactum, si subintelligatur pretium justum postea designandum. Et hac via potest defendi, quod habetur *l. fin. pr. ff. de contrah. empt.* ubi sustinetur pactum commissorium, in pignore interpositum inter debitorem, et fidejussorem, etsi non fuerit adjecta mentio justi pretii. *Proceditque hoc*, etsi debitum, quod solvere debuisset debitor, si paulo minus, quam res oppignorata valeat; nam ejusmodi pacta etiam in foro conscientiae tolerantur tum ratione poenae conventionalis, tum ratione compensationis alicujus ob periculum, quod non raro fidejubentes manet, ut docet

Molin. *tr.* 2. *de J. et J. D.* 334. *n.* 5. quamvis moneat, consulendum esse hominibus, ut ab hujusmodi pactis abstineant.

50

Quaeritur 5. an licitum sit pactum legis commissoriae, si non ab initio, vel in continenti, sed ex intervallo adjiciatur? Affirmant Bartolus, Abbas, Negusantius, Hunnius etc. et fundamentum huic suae opinioni accipiunt ex *l. Titius* 34. *ff. de pignorat. act.*

Sed verius est esse illicitum, etiamsi adjectum sit ex intervallo, ut recte Covar. *l.* 3. *var. c.* 2. *n.* 8. Zoes. *ff. h. tit. n.* 19. *hic n.* 32. Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 931. Constat ex *l. fin. C. de pact. pignor.* ubi generaliter prohibetur pactum legis commissoriae. Accedit ratio, quia minor subest suspicio fraudis, et usuram non minus sapit ex intervallo additum, quam initio statim adjectum. Certe parum interest ad usuram, sive creditor a debitore ex intervallo aliquid accipiat ultra sortem ratione mutui, sive in continenti.

Ad legem ab adversariis allegatam expedita est responsio, videlicet casum legis illius esse longe diversum, neque loqui legem illam de pacto commissorio ex intervallo adjecto, sed de actuali venditione pro debito post moram jam a debitore contractam, prout ex textu patet.

51

Quaeritur 6. an pactum legis commissoriae firmetur, et convalescat adjectione juramenti? Resp. negative; nam etsi ejusmodi juramentum pariat obligationem religionis, cum sine pecato servari possit, et propterea eo stare debitor debeat, quamdiu illud non relaxatur, jus tamen per illud creditor nullum accipiat; *arg. c. ex administrationis* 1. *et c. debitores* 6. *de jurejur.* Abb. *in c.* 7. *h. tit. n.* 3. Azor. *de pignorib. c.* 10. §. *ego vero*, Haun. *tom.* 4. *tr.* 10. *n.* 932. Pirh. *hic n.* 29. Vviest. *n.* 21. Imo si debitor juste impeditus intra diem statutum non solvit, non obstabit juramentum, quin eo non relaxato, pignus postea redimere, solutione oblata, possit, prout statuitur *c. significante* 7. *h. tit.* quia non censetur se obligasse in casum inculpabilis morae.

52

Quaeritur 7. an valeat hujusmodi pactum, si debitor renuntiavit beneficio legis prohibentis tale pactum? Resp. negative; Abb. *l. cit.* §. *quaeres*, Pirh. *n.* 30. Ratio est, quia etsi debitor renuntiare possit juri principaliter introducto in suum favorem, non tamen renuntiare potest juri, quod etiam constitutum est in odium, et poenam creditorum, et quidem publicae utilitatis causa, ne fraudibus, et usuris, ac injustitiis occasio praeberetur; *l. tamen* 11. junct. gloss. *C. ad S. C. Macedon.* talis autem est lex prohibens

pactum commissosium: ergo renuntiatio favoris, per eam concessi, nihil operatur, sed ea non obstante, debitor semper potest, oblato debito, pignus repetere.

§. V.

De cautione usufructuarii.

SUMMARIUM

53

Quaeritur 1. quid sit *usufructuarius*, et quid *usufructus? Resp. Usufructuarius* est, cui ususfructus est constitutus, seu concessus: *usus fructus* vero est jus alienis rebus utendi fruendi, salva earum substantia; *princ. inst. de usufr. et l. usufructus* 1. *ff. eod.*

Ex quo colligitur 1. non posse constitui usumfructum in re propria; quia est servitus, res autem sua nemini; *l. uti frui* 5. *ff. cert. petat.* 2. Usumfructum proprie dictum tantum consistere posse in rebus, quae usu non consumuntur; §. *constituitur* 2. *de inst. de usufr.* quia salva manere debet substantia rei in usumfructum concessae. 3. fructus rei in usumfructum concessa pertinere ad usufructuarium, et quidem jure dominii, quod tamen ab eo prius non acquiritur, quam ipse illos perceperit; *is vero* 36. *inst. de usufruct.* Hinc si usufructuarius, maturis licet fructibus, decesserit, ii ad haeredes illius non pertinent, sed domino proprietatis acquiruntur; §. *is vero cit.*

Amittitur ususfructus morte naturali, vel civili usufructuarii; §. *finitur* 3. *inst. de usufruct.* non tamen per ingressum religionis, sive professionem, etsi haec alias morti civili aequiparetur; tunc acquiritur monasterio, si hoc sit capax bonorum in communi, quamdiu vivit professus, ut ex communi docet Pirh. *hic n.* 36. *not.* 5.

54

Quaeritur 2. quid cavere debeat usufructuarius pro securitate domini proprietatis? Resp. Cautio, in contractu ususfructus addi so-

lita, diversa est pro diversitate bonorum, quae in usumfructum concessa sunt; nam si ususfructus sit proprie dictus, et constitutus in rebus, quae usu non consumuntur, usufructuarius cavere debet, quod velit uti re, in usufructum sibi concessa, salva ejus substantia, h. e. ea moderatione, ut non pereat, deterioretur etc. et finito usufructu eam restituere, si adhuc extet, vel si culpa ejusdem interiit, aestimationem illius. Ita habetur *c. fin. h. tit. et tot. tit. ff. de usufruct.*

Si vero usufructus sit improprius, sive constitutus in pecunia, aut aliis rebus fungibilibus, quae ipso usu consumuntur, usufructuarius solum cavet, se finito usufructu tantam, v. g. pecuniae quantitatem, quantam accepit, vel aliam rem fungibilem ejusdem valoris, et qualitatis, vel istius aestimationem restituturum; *c. fin. cit. et l. 2. 4. 7. ff. de usufruct. ear. rer. quae us. consum.*

55

Quaeritur 3. qualis debeat esse haec cautio? Resp. Debet esse idonea, videlicet pignoratitia, vel fidejussoria, siquidem pignora, aut fidejussores invenire usufructuarius possit, ut decisum est *c. fin. cit.* et apud DD. passim receptum.

Dubitatur, an eo casu, quo obstante inopia dare pignora, aut fidejussores invenire non potest, admitti possit, cautio juratoria? In cujus dubii resolutione multum variant DD. ut videre est apud Fachin. *l.* 8. *contr. c.* 40. Optime Menoch. *de arbitr. c.* 139. *n.* 2. id relinquit arbitrio judicis, qui qualitatem personae usufructuarii perpendat, et siquidem sit honestae, ac probae vitae, ita, ut nullum sit interitus, vel deteriorationis, aut corruptionis periculum, cautionem juratoriam ad inope usufructuario admittat. Si vero persona usufructuarii suspecta sit, eam rejiciet, et usufructuario proprietarium, tanquam custodem adjunget, vel rem fructuariam sequestrabit apud virum bonum, qui eidem fructus praestet.

56

Quaeritur 4. utrum cautionem hanc praestare omnes usufructuarii debeant? Resp. regulariter praestandam esse ab omnibus, ut habetur *l. si cujus* 13. *pr. ff. de usufruct* et ratio additur, quia sicut usufructuarius potest uti re fructuaria, ita et dominus proprietatis securus esse debet de proprietate.

Excipitur tamen 1. pater, qui usumfructum legalem habet in bonis adventitiis filii; nam huic jura remittunt hujus cautionis necessitatem; *l. cum oportet* 6. §. *non autem* 2. *et l. fin.* §. *sin autem* 4. *C. de bonis, quæ liberis etc.* Mater vero non excusatur a cautione ista praestanda, si usumfructum in bonis filii habeat; *l. hac edictali* 6. §. *his illud* 1. *C. de secund. nupt.* Ratio discriminis est, quia usus-

fructus ad patrem spectat virtute patriae potestatis, quae potestas non datur in mātre; §. *foeminæ* 10. *inst. de adopt.*

57

Excipitur 2. fiscus; nam hic non solet satisdare; *l. legatorum* 1. §. *si ad fiscum* 18. *ff. ut legatorum*, *l. nisi* 3. §. *item* 5. *ff. si cui plus etc.* Ratio est, quia semper praesumitur esse solvendo; *l. si maritus* 2. *ff. de fund. dotal.*

Excipitur 3. Usufructuarius, cui in diem certum proprietas relicta est; *l. si ususfructus* 9. §. *plane* 2. *ff. usufruct. quemad. caveat* quia cessat cautionis praestandae ratio, cum proprietas ad ipsum spectet, hinc in casu *l. pecuniae* 8. *ff. de aliment. vel cibar.* non cavet usufructuarius, quia proprietas quoque ad ipsum spectat.

58

Quaeritur 5. utrum cautio ista praestari debeat in omni usufructu? Resp. Praestari debet in omni usufructu, quomodocunque constituatur, sive a lege, sive a judice, sive testamento, aut contractu, sive ipso jure, sive tuitione praetoris; *l. si ususfructus* 9. §. *illud* 1. *ff. usufruct.*

59

Neque refert, sive is constituatur a vero domino, sive ab eo, qui tantum habet dominium utile, ut superficiarius et emphyteuta; *l. non solum* 1. *pr. ff. quib. mod. ususf.*

Imo praestanda est, etsi non ususfructus, sed aliud quid sub appellatione ususfructus relinquatur v. g. habitatio, vel operae servorum, aut animalium, messis, aut vindemia; *l. huic* 5. §. *et si* 3. *ff. usufruct.*

Item si non ususfructus, sed usus tantum relictus est; l. *huic cit.* §. *si sed* 1. *et l. usu* 11. *ff. eod.* Distinguitur *ususfructus* ab *usu* tantum, quia *usus* est jus utendi tantum, non autem fruendi re aliena, salva ejus substantia: quia qui usum habet, uti solum re aliena potest ad suum, et suorum commodum, qui usumfructum, rem illam etiam alteri utendam potest concedere; hoc enim est frui.

60

Quaeritur 6. an cautio ista usufructuario remitti valeat? Resp. distinguendo inter usumfructum relictum testamento, et inter eum, qui constitutus est contractu inter vivos. *In hoc posteriore* cautionem istam a constituente remitti posse communis est doctrina apud Haun. *to.* 1. *tr.* 3. *n.* 110. *In priore* cautio ista a testatore probabilius remitti nequit, ut clare habetur *l. si ususf.* 1. *C. de usufr. l. scire* 7. *C. ut in posses. legat.* quae leges cum expresse loquantur de testatore usumfructum, relinquente, ad usumfructum inter vivos constitutum extendi non debent.

61

Addidi autem *a testatore*; nam ab haerede etiam in usufructu, testamento relicto, remitti cautio ista potest, ut recte glos. *in l. cit. V. cautionem*: et ratio est, quia hujusmodi remissio testatori denegatur in favorem haeredis, in cujus favorem cautio est introducta; favori autem pro se praecise introducto quilibet renuntiare potest: ergo etc.

TITULUS XXII.

De fidejussoribus.

Altera idoneae cautionis species, ut *tit. praec. in princ.* dictum est, est *cautio fidejussoria*, qua quis creditorem fide sua securum esse jubet; *l. ubi* 57. §. *qui vero* 6. *in fin. ff. de V. O.* sive alienam obligationem suscipit in eventum, quo eam debitor non est impleturus.

§. I.

De fidejussionis natura, varietate, et requisitis.

SUMMARIUM

1 *Definito fidejussionis.*
2 *Essentialia ejusdem.*
3 *Divisio in voluntariam, et necessariam; judicialem, et extrajudicialem.*
4 *Principalem et succedaneam; Simplicem, et indemnitatis; idoneam, et non idoneam.*
5 6 7 *Quando adhiberi fidejussores possint?*
8 9 *An possint se obligare in plus, seu majorem summam?*
10 11 12 *An casu, quo fidejussor se obligavit in plus, obligatio fidejussoria tota sit inutilis?*

I

Quaeritur 1. quid sit *fidejussio*? *Resp. Fidejussio* dicitur a *fide*, et *jussu*, vel *iussione*; quia, qui fidejubet, alterum de sua fide certum esse jubet; *l. ubi autem* 75. §. *qui vero* 6. *in fin, ff. de V. O.* Alias latine appellatur *intercessio*, germanice *birgschafft.* Definitur: quod sit *contractus, in quo quis promittit se soluturum, quod debet alius, si debitor principalis non solverit.* Ita quoad sensum DD. omnes. Is, qui ita promittit, et obligationem alienam in se suscipit, *fidejussor* dicitur.

De jure civili fidejussio est species aliqua stipulationis, et conf. certam requirit verborum formam; *l. graece* 8. *pr. ff. et l. blanditus* 12. *C. h. tit.* canonico tamen jure ad certa verba non restringitur: imo hodiernis moribus, et generali usu Germaniae nostrae valet etiam per epistolam, et procuratorem inter absentes contracta, teste Harprecht §. *fin. inst. h. t. n.* 3. Struv. *exercit.* 47. *th.* 37. Stryck. *ad hunc. tit.* §. 1. magnif. P. Schmier *c.* 4. *de pact. et contract. n.* 47.

2

Ex essentia supponit obligationem in eo, pro quo fit; nam fidejussoris obligatio est accessoria obligationi principali; §. *in omnibus* 1. *et fidejussor* 3. *inst. h. tit.* ubi praeter alios late Harprecht. Ex quo

Sequitur 1. non esse proprie fidejussorem, qui pro alio debitorem se principalem constituit; quia non obligatur accessorie, et in defectum alterius.

Sequitur 2. si principalis obligatio sit omnino invalida, etiam fidejussoriam invalidam esse; *l. qui contra* 10. *l. fidejussor* 16. *pr. l. si a reo* 70. §. *si a furioso* 4. *de fidejuss.* et ratio est, quia deficiente principali, etiam non subsistit, quod ei est accessorium; *reg. cum principalis* 178. *ff. et reg. accessorium* 42. *in.* 6. et hinc.

Sequitur 3. si quis fidejubeat in promissione usurarum, vel rei temporalis pro beneficio ecclesiastico, vel alia re, aut jure spirituali, vel quod huic annexum est, fidejussionem irritam esse; quia huiusmodi promissiones jure sunt reprobatae: et idem dicendum de ceteris contractibus, sive deinde illi ex ipsa rei natura, sive ex humani juris dispositione reprobentur.

3

Quaeritur 2. quotuplex sit fidejussio? Resp. quinque potissimum reperiri ejusdem divisiones. 1. dividitur in necessariam, et voluntariam. *Necessaria* dicitur, quae a lege, vel magistratu exigitur: cujus exemplum habetur *l. si cujus* 13. *ff. de usufruct. Voluntaria* est, quae talem exactionem non habet; gloss. *in l.* 7. §. 1. *ff. qui satisdar. cog.*

2. In judicialem, et extrajudicialem. *Judicialis* est, qua fidejussor constituitur in judicio: et haec proprie *satisdatio* appellatur. *Extrajudicialis*, qua constituitur fidejussor extra judicium: et haec generis nomen retinet, et in contractibus potissimum adhibetur. Fidejussor judicialis, si caveat de judicio sisti, *vas*, si de judicato solvendo, *praes* nuncupatur; Vinn. *inst. in princ. h. tit.* aliique DD.

4

3. In principalem, et succedaneam, *principalis* est, qua fideiussor se obligat pro debitore principali; *l. si plures* 27. *praeterea* 2. *et* §. *si fidejussor* 4. *ff. h. tit. Succedanea* qua fidejussor pro fidejus-

sore intercedit; *l. graece* 8. §. *fin. ff. eod.* cujusmodi fidejussor succedaneus germanice appellatur *Rudkbirg.*

4. In fidejussionem simplicem, et indemnitatis. *Simplex est*, qua quis pro debito se simpliciter obligat, et promittit solvere creditori, quod alius ei debet. *Fidejussio indemnitatis* autem qua quis se obligat in residuum, atque in eum casum, quo debitum integrum creditor alias non potest consequi. Fidejussor indemnitatis in vulgari nostra dicitur *schadlosbirg.*

5. In fidejussionem idoneam, et non idoneam. *Idonea*, qua creditori de receptione debiti cautum est per fidejussorem idoneum, seu talem, qui simul facultates tantas habeat, ut creditor probabiliter servari indemnis possit, et simul facile conveniri, ac solutio ab eodem impetrari possit. *Non idonea fidejussio* est, quae a creditore licite recusari potest; quia videlicet fidejussor non est satis locuples pro quantitate rei debitae, vel saltem difficulter conveniri potest.

5

Quaeritur 3. quando adhiberi fidejussores possint? Resp. Licentia adhibendi fidejussores est amplissima; nam 1. adhiberi possunt in omnibus conventionibus, sive obligationibus, sive deinde illae contrahantur re, sive verbis, litteris, aut solo consensu. *Excipitur* obligatio dotis nam pro ista conservanda, aut restituenda, constante matrimonio, fidejussores a marito nec exigi, nec dari possunt; *l. sive* 1. *et l. seq. C. ne fidej. dot. dentur.* Rationem ibi dat imperator, *ne causa perfidiae generetur in connubio*: quod utrique fieret, si uxor plus fidei alienae, i. e. fidejussoris extranei tribueret, quam ipsius mariti, cui tamen corpus, et vitam credidit. *Procedit* autem hoc de uxore; nam si extraneus dotem dedit pro muliere cum obligatione eam sibi reddendi, soluto matrimonio, is recte fidejussionem exiget; cum eo casu cesset prohibitionis ratio, et diffidentia non sit penes uxorem, sed penes extraneum; Perez *in l. cit. n.* 5. Mol. *tr.* 2. *de J. et J. D.* 425. *n.* 2. Konig *hic n.* 14.

6

2. Parum refert, sive obligatio principalis, cui adiicitur fidejussio, sit naturalis, et civilis simul, sive naturalis tantum, ut siquis pro servo, vel pro pupillo, sine tutoris authoritate contrahente, fidejubeat; nam etsi ejusmodi pupillus ex eo contractu naturaliter solum obligetur, ipse tamen fidejussor ejusdem obligabitur etiam civiliter, et efficaciter; *l. naturaliter* 13 *ff. de condic. indebit l. Marcellus* 25. junct. glos. *V. obligato ff. h. t.* Pirh. *hic n.* 3.

3. Nihil refert, an obligatio oriatur ex contractu, vel quasi contractu, aut ex delicto, vel quasi delicto; nam fidejussores dari possunt etiam in causa criminali, si agatur civiliter, vel criminaliter

quidem, non tamen ad poenam sanguinis, aut aliam corporalem; *l. siquis* 56. §. *fin. ff. h. t. et l. si a reo* 70. §. *fin. ff. eod.* parum enim actoris, et fisci interest, an mulcta pecuniaria solvatur a reo, vel a fidejussore: multum autem interest, si infligenda sit poena corporalis; cum enim nemo sit dominus membrorum suorum, non potest quis pro alio ad istam se obligare.

7

4. Potest etiam fidejussor pro fidejussore accipi; *l. graece* 8. §. *fin. ff. h. t.* imo id frequens est, ut debitor principalis fidejussori suo constituat alium fidejussorem, qui priorem indemnem servet, ut notat Laym. *l.* 3. *theol. mor. tr.* 4. *c.* 29. *n.* 2.

5. Denique fidejussio adhiberi potest obligationi etiam futurae tantum, quo casu fidejussio resolvitur in conditionalem, et interim in pendenti est, donec ponatur obligatio principalis, ea autem non posita, evanescit, ut recte advertit Konig. *hic n.* 15.

8

Quaeritur 4. in quid obligare se vel obligari fidejussores possint? Resp. Fidejussores pro alio intercedendo se obligare possunt in eam summam, quam principalis debet, vel etiam in minorem, sive in ejus partem duntaxat, ita ut si v. g. debitor principalis debeat 100. ipse tantum obligetur in 50. vel 20; *l. fidejus.* 9. *ff. h. t.*

Dubium est, an etiam in summam majorem, quam debitor principalis debeat, obligari fidejussor possit? *Rationem dubitandi facit*, quia fidejussor potest obligari plus, seu arctius, et magis, quam obligetur debitor principalis, ita, ut cum iste obligatur solum naturaliter, et inefficaciter, ipse obligetur etiam civiliter; *l. fidejussor* 16. §. *fidejussor* 3. *ff. h. t.* cum ille obligatur simpliciter, ipse obligetur sub instrumento habente paratam executionem, vel sub hypotheca; *l. creditori* 2. *et l. pignoribus* 25. *C. h. t.* cum ille obligatur sine juramento, et sine poena conventionali, ipse obligetur sub juramento, vel sub poena conventionali, si ipse in mora sit; glos *in l. sicut* 65. *ff. h. t.* Gomez *l.* 2. *var. c.* 13. *n.* 1. Mol. *tr.* 2. *de J. et J. D.* 541. *n.* 7. Zoes. *ff. h. t. n.* 13. Pirh. *hic n.* 6. Vvies. *n.* 20.

9

Sed licite haec ita se habeant, adhuc tamen dicendum, quod fidejussor in plus seu summam majorem, quam principalis debet, obligari de jure nequeat; §. *fidejussores* 5. *inst.* et *l. graece* 8. §. *illud* 7. *ff. h. t.* Ratio est, quia, ut dictum est *n.* 2. fidejussoris obligatio accessoria est, absurdum autem est, plus esse in accessione, quam sit in re principali. Accedit, quia ab aequitate, est alienum, ut ejus, qui nullo jure cogente, et solo proximi amore ductus, fidem suam pro altero interponit, gravior, et damnosior sit conditio

quam ipsius principalis: quod fieret, si fidejussor in plus obligari posset, quam obligetur debitor principalis.

Ad rationem dubitandi nego paritatem; nam in casibus ibi expressis fidejussor non obligatur ad plus extensive, seu ad majorem summam, seu ad magis intensive, seu arctius et efficacius, quod non repugnat, ut communiter advertunt DD.

10

Quaeritur 5. an casu, quo fidejussor in plus se obligavit, quam debeat principalis debitor, fidejussoria obligatio omnino, et in totum sit inutilis, an vero solum quoad excessum? Totam obligationem eo casu tolli existimat Fachin. *l.* 8. *contr. c.* 51. cum pluribus a se *cit.* propter textum *l. graece* 8. §. *illud.* 7. *ff. h. t.* ibi; *placuit eos omnino non obligari*: ergo nec obligantur ad summam concurrentem debiti principalis. *Conf.* quia ejusmodi fidejussio aequiparatur cum ea qua fidejussor pure promisit, quod principalis debet sub conditione, quae tota inutilis est.

11

Sed verius est, eo casu obligationem fidejussoris solum tolli quoad excessum ut bene glos. *in l. cit. V. omnino non*, Gomez *l.* 2. *var. c.* 13. *n.* 2. Molin. *tr.* 2. *D.* 541. *n.* 3. Peres *in C. h. t. n.* 16. Zoes. *ff. eod. n.* 9. Brunem. *ad l. graece* 8. *ff. h. t. n.* 4. Stryc. *us. mod. t. cit.* §. 9. Pirh. *hic n.* 7. Konig *n.* 19. Vvies. *n.* 20. Ratio est, quia quantitas minor inest majori, ita, ut majorem promittens etiam minorem promisisse censeatur.

12

Ad argumentum sumptum ex *l. graece cit.* aliqui putant pro *omnino non* legendum *non omnino*: et esto, accipienda esse verba illa, prout jacent, satis, ex textu liquet, illa solum referri ad excessum; quia Ulpianus ibidem ait, *commune esse universis*, *qui pro aliis intercedunt*, *ut in duriorem causam non obligentur*; est autem indubitati juris, *l. hactenus* 11. §. *si quis* 1. *ff. de constit. pecun. et l. rogatus* 33. *ff. mandat.* quod intercessores ceteri, nempe constitutores, et mandatores, si pro majori summa intercedant, obligentur ad summam in principali obligatione comprehensam: ergo et fidejussores obligabuntur. *Ad Conf.* negatur paritas; quia pura obligatio non inest conditionali, sicut tamen obligatio minoris summae inest obligationi summae majoris: cum igitur excessus a principali debito separari possit, procedit regula, quod utile per inutile vitiari non debeat; *reg.* 37. *in* 6.

§. II.

De iis, qui fidejubere pro aliis possunt, vel non possunt.

SUMMARIUM

13 *Fidejubere non possunt pupillus, et minor sine authoritate tutoris, vel curatoris.*
14 *Servus, nisi jussu domini, aut ex re peculiari.*
15 *Miles.*
16 *Religiosus absque consensu sui praelati.*
17 *Clericus cum limitatione.*
18 *Praelatus cum distinctione.*
19 *Mulier.*
20 21 22 *Casus excepti, in quibus mulier tenetur fidejussione,*
23 24 *An possit mulier renuntiare beneficio S. C. vellejani?*
25 *Resolvitur affirmativa.*
26 *Respondetur ad argumenta opposita.*

13

Regulae generalis instar est, quod fidejubere omnes possint, qui possunt se obligare, nisi specialiter prohibeantur: prohibentur autem praeter infantes, furiosos, et his similes

I. *Pupillus*, nisi accedat authoritas tutoris; quia sine isto obligari non potest; §. *neque* 1. *inst. de author. tutor.*

II. *Minor* habens curatorem; nam hic sine curatoris sui authoritate non potest pro alio intercedere, ut recte Haun. *tom.* 3. *de J. et J. tr.* 9. *num.* 58. *Excipitur*, si fidejubeat pro patre incarcerato: nam pro hoc fidejussio minoris tenet, eumque obligat etiam civiliter: imo si hoc non faceret, posset exhaeredari, si sit masculus, et octodecim annorum.

Addidi *habens curatorem*; nam si curatorem non habeat, tenetur quidem fidejussione a se facta, sed laeso succurritur per beneficium restitutionis in integrum: quod ipsum beneficium datur etiam minori, si fidejusserit cum curatore suo, et ita fidejubendo laesus sit; Gomez. *l.* 2. *var. c.* 13. *num.* 19. Molin. *tr.* 2. *de J. et J. D.* 540. *num.* 25.

14

III. *Servus*, nisi jussu domini, vel ex re peculiari fidejubeat; *l. servus* 19. et *l. sed et si* 20. *ff. h. tit.* quia extra istam non habet, ex quo fidem suam liberare, et pro debitore principali solvere possit.

Intelligi autem hoc debet de servis proprie dictis; nam qui improprie tales sunt, quales sunt adscriptitii, et originarii, aut ii, quos propter quandam cum servis similitudinem homines proprios, vulgo

leibeigne vocamus, fidejubere pro aliis possunt, ut recte Zoes. *ff. h. tit. n.* 3. Vviestner *hic. n.* 4. et ratio est, quia reipsa homines liberi sunt, et habent bona propria, quae alienare possunt.

15

IV. *Miles*, qui in castris, atque expeditione versatur, et stipendia meret; *l. de die* 8. §. *qui mulierem* 1. *ff. qui satisdar. cog. l. milites* 30. *ff. locat.* et *l. milites* 15. *C. de re militar.* quia forensium negotiorum occupatio eos a militiae studio avocare non debet, quod facile fieret, si dum militandum est, exactionibus ob fidejussionem interpositam vexari possent. Hinc etsi fidejusserint, fidejussione solvuntur, nisi in rem suam fidejusserint.

Proceditque hoc etiam de militibus nostri temporis, in expeditione versantibus, ob rationis identitatem, ut recte Harpprecht *inst. princ. h. tit. n.* 79. Konig *hic n.* 12. Vviest. *ibid. n.* 6.

16

V. *Religiosus*; nam hic, ut fidejubere possit, opus habet consensu praelati, et majoris partis capituli, in religionibus, ubi capitulariter proceditur: in ceteris, ubi capitulum seu conventus non congregatur, sufficit, si religiosus fidejubendi facultatem a superiore suo habeat, modo fidejussio non fiat cum notabili damno collegii, nec ultra quantitatem in hoc genere definitam *c. quod quibusdam* 4. *h. tit. et c. si quorundam* 2. *de solution.*

Si absque ejusmodi facultate religiosus fidejubeat, fidejussio non tenet, et ex ea nec religiosus, nec monasterium obligatur, nisi quatenus inde aliquam utilitatem percepit; Host. *in c.* 4. *cit. n.* Franc. *in. c.* 2. *ne cleric. vel monach. in* 6. *n.* 6. Molin. *tr.* 2. *de J. et J. D.* 540. *n.* 23. Pirhing *hic n.* 16. Konig. *n.* 11. Vviest. *n.* 14. Ratio est, quia religiosus non habet, ex quo creditoribus satisfaciat, si debitor principalis pro quo fidejussit, deficiat.

17

VI. *Clericus*: nam hic, etsi simpliciter fidejubere possit; quia, ut colligitur ex *c. clericus* 1. *h. tit.* verbis *fidejussionibus inserviens*, abusus tantummodo prohibetur: non tamen debet esse frequens in fidejubendo, praesertim pro laico, ne videlicet saecularibus negotiis implicetur, et seipsum aere alieno gravet cum dedecore status clericalis, et damno ecclesiae. In uno igitur, vel altero casu, praesertim causa pietatis, et charitatis fidejubere potest etiam pro laico, et obligare non tantum bona sua patrimonialia, sed etiam reditus sui beneficii, deque iis satisfacere, ut cum abbate docet communis DD. *in c.* 1. *et* 2. *h. tit.*

Si extra ejusmodi causam fidejubeat, et res ecclesiae suae obliget pro debitore, praesertim laico, illicita quidem est fidejussio, non tamen invalida; quia vi ejusdem obligabitur clericus, ut creditoribus fatisfa-

ciat pro eo, pro quo fidejussit, ex bonis suis patrimonialibus, vel quasi patrimonialibus, aut si ista deficiant, de ipsis beneficii reditibus jam perceptis, retento tantum, ne ipse egeat, prout colligitur ex *c. pervenit* 2. *h. tit.* et docet Abb. *ibid. n.* 12. Ratio est, quia *multa fieri prohibentur, quae tamen facta roboris obtinent firmitatem*, ut dicitur *c. ad apostolicam* 16. *de regular.*

18

VII. *Praelatus*, ut canstat ex *can. te quidem* 29. *caus.* 11. *q.* 1. ubi fidejussio ipsis etiam episcopis est interdicta: non tamen sine exceptione; quia ex reditibus mensae suae, si id fiat ex justa causa, et non in magna quantitate, neque cum notabili detrimento ecclesiae, fidejubere possunt ut advertit Sylvest. *V. fidejussor q.* 4. Sanch. *l.* 6. *moral c.* 14. *n.* 39. cum communi DD. Ratio est, quia talis facultas pertinere videtur ad liberam potestatem administrandi, quam habet praelatus: et cum fidejubere sit opus charitatis, ac beneficentiae, non debet censeri a praelatis ecclesiae alienum

Dubitari potest, quis obligetur fidejussione a praelato facta? Resp. distinguendo : vel enim praelatus fidejussit nomine proprio, vel ecclesiae nomine. *Si primum*, obligabitur solus praelatus. *Si secundum*, videndum, an praelatus hoc fecerit, requisito consensu capituli, vel eo non requisito; *si prius*, obligabitur ecclesia, vel monasterium; *arg. c. quibusdam* 4. *h. tit. et ibi* canonistae communiter. Ratio est, quia praelatus, et capitulum repraesentant totum corpus ecclesiae : si tamen per hujusmodi fidejussionem notabile damnum ecclesiae inferretur, huic subveniretur remedio restitutionis in integrum; *arg. c. requisivit* 1. *et c. auditis* 3. *de integr. restit. Si vero posterius contingat*, et praelatus consensum capituli laesum sit, ipsum, vel ipsa tali fidejussor non requisiverit, ecclesia autem, vel monasterium ejusmodi fidejussione non obligabitur, quippe quam praelatus fidejussione sua in damnum illius grave obligare non poterat.

19

VIII. *Mulier*; nam haec fidejubere non potest, non solum pro marito, ut antiquitus statuebatur; *l. et primo* 2. *pr. ff. ad S. C. Vellejan.* sed etiam pro qualibet, etiam pro omnino extranea persona; *l. Vellejano* 1. §. *nam sicut* 1. *ff. et l. mulieribus* 1. *ad S. C. Vellejanum*, quibus textibus mulier, a fidejussionibus generaliter removetur propter imbecillitatem sexus; *l. foeminae* 2. *ff. de R. J. proceditque hoc*, ut ejusmodi fidejussione non teneantur etiam in foro conscientiae, cons. si ex causa fidejussionis aliquid solverint, solutum condicere, seu repetere poterunt. Imo creditor ita solutum ante omnem sententiam tenebitur restituere; quia accepit solutionem indebiti, et soluti dominus non est effectus, cum totam obli-

gationem hoc casu leges improbent; *l. si mulier* 16. §. *si ab ea* 1. *ff. ad S. C. Vellejan.*

20

Excipiuntur tamen complures casus, in quibus mulier fidejubere potest, et fidejussionibus suis obligatur etiam civiliter. Talis est 1. si ipsa major intercedit apud creditorem minorem nam eo casu, si is, pro quo intercessit, non sit solvendo, ipsa conveniri potest, ne minor suo debito defraudetur; *l. si apud* 12. *ff. de minor.*

2. Si in dotem alterius aliquid promiserit, vel fidedjusserit; *l. fin. C. ad S. C. Vellejan.* ubi ratio datur; quia *ferendum non est, quasi casu fortuito interveniente, mulierem fieri indotatam, et sic a viro forsitan repelli.*

3. Si intercessit pro servo, ut consequatur libertatem; *l. veterum* 24. *C. eod.* quod cum aliis nonnullis Tiraquell. *caus. piae privil.* 113. extendit etiam ad alias causas pias, ex ratione, quia id de intercessione pro servo maxime statutum est, quod ea sit causa pia.

21

4 Si sciens se ex fidejussione non teneri, nihilominus pro alio intercedat, atque ita creditorem ignorantem decipiat; *l. si decipiendi* 36. *ff. ad S. C. Vellejan.* Idem dicendum, si praesens expresse, vel tacite, sed tamen sponte consentiret, ut bona sua a marito quasi propria obligarentur; *l. si sine* 5. *C. eod.* quia, ut *ibi* imperator loquitur, hoc *senatus consulto infirmitati, non calliditati mulierum consultum est*: et ut *l. et primo cit.* §. *sed ita* 3. habetur: *jura deceptis, non decipientibus opitulantur.*

5. Si pro fidejussione, quam interposuit pro extraneo, accepit pretium; *l. antiquae* 23. *C. eod.* quod tamen intelligendum est, non de quocunque minimo pretio, sed de tali, quod respectu periculi fidejussionis, si venderetur, justum foret, ut recte Brunnem. *in l. cit. n.* 2. quia eo casu censetur intercessisse non tam imbecillitate sexus, quam cupiditate lucri ducta, ac proinde indigna videtur beneficio SCti, utpote quod quasi pretio nummario aestimavit.

22

6. Si id, pro quo se obligavit, aut fidejussit debeat creditori aequivalenter, ut si fidejusserit pro debitis defuncti, cujus haereditatem ipsa ab haerede emit; aut si fidejusserit pro illo, qui in aequali quantitate pro ipsa fidejussor extitit, vel denique si fidejusserit pro suo creditore, cui tantundem ipsa debet; *l. sed si eum* 3. *l. aliquando* 13. *l. si mulieri* 22. *l. debitrix* 24. *ff. ad S. C. Vellejan. l. frustra* 2. *C. eod.*

7. Si postquam ipsa se, vel res suas pro extraneo obligavit, integro biennio a prima obligatione elapso, pignus dedit, aut obligationem innovavit; *l. si mulier* 22. *C. eod.* hoc tamen non habet locum, si initio pacta fuit de dando pignore, vel obligatione post biennium innovanda; hoc enim non esset innovare, sed obligationem priorem exequi.

8. Denique Tabor *in not. ad colleg. Argent. h. t. th.* 5. apud Konig *hic num.* 13. docet S. C. Vellejanum cessare apud foeminas illustres, quae ipse regnis, ac territoriis praesunt, et majestatem, vel regalia habent, ac proinde istas efficaciter fidejubere posse.

23

Dubium esse potest, an S. C. Vellejanum mulieri adhuc prosit, si beneficio illius renuntiavit? Satis convenit inter DD. non prodesse illud mulieri, in tribus sequentibus casibus: 1. si fidejussionem confirmavit juramento; quia observantia renuntiationis per ejusmodi juramentum confirmatae vacat omni culpa, ac proinde locus est regulae *c. quamvis* 2. *de pact. et c. cum contingat* 28. *de jurejur.* et juramentum est observandum: 2. si pro aliquo fidejussit instrumento publico, adhibitis tribus testibus; tunc enim valet fidejussio, et fidejubens obligatur naturaliter, et civiliter; *l. antiquae* 23. §. *fin. C. ad S. C. Vellejan.* Obtinuit autem consuetudo, ut sufficiat subscriptio notarii publici, praesentibus tribus testibus: 3. si renuntiatio facta sit expresse, et in particulari, coram publico magistratu; Less. *l.* 2. *de J. et J. c.* 27. *n.* 16.

24

Controversia major est in renuntiatione simplici, non jurata, aut aliis instructa solemnitatibus. In qua negativam defendunt Vinn. *select. qq. l.* 1. *c.* 48. Zoes. *ff. ad S. C. Vellejan. num.* 17. Praen. D. Dominicus de Bassis *decis. Justinian.* 18. *num.* 10. D. Gletle *p.* 3. *pandect. c.* 10. *num.* 10. P. Vviest. *hic num.* 9. Fundantur triplici ratione: 1. Quia favor iste mulieribus jure publico concessus est; adeoque pactis, et renuntiationibus privatorum non subjacet: 2. quia fidejubere est officium virile, et eodem modo prohibitum foeminis, sicut prohibetur iisdem agere judices, et alia civilia officia; *l. et primo* 2. §. *postea* 1. *ff. ad S. C. Vellejan. et l. foeminae* 2. *ff. de R. J.* 3. Quia si renuntiare beneficio huic possent foeminae, finis, per illius concessionem a jure intentus, facile eludi posset; nam ideo beneficium hoc illis datum est, ut fragilitati, et imbecillitati earum consuleretur: atqui parum huic consuleretur, si post renuntiationem hujus privilegii non amplius prodesset ipsis hoc SCtum, utpote quae eadem facilitate ad renuntiandum huic privilegio, qua ad fidejubendum, induci possent: ergo etc.

25

Sed tenenda sententia affirmativa, utpote in theoria verior, et in praxi receptissima, ac dicendum, hoc beneficium non prodesse foeminae, quae privilegio huic renuntiavit, si antequam renuntiaret, de eodem sufficienter fuit edocta. Ita Gaill. *l.* 2. *obs.* 77. Fachin. *l.* 2. *contr. c.* 60. Perez *in cod. tit. ad S. C. Vellejan. n.* 23. Eckold. *ad ff. eod.* §. 9. *in fin.* Lauterbach. *ibid.* §. 24. Stryck. *us. mod. ibid.* §. 18. *et seqq.* clariss. D. Rudolphi *in cent. togat. Pallad. q.* 32. clariss. D. Franz. *in jurispr. quintupl. q.* 10. *n.* 14. magnif. P. Schmier *c.* 4. *de pact. et contract. n.* 68. ratio est 1. quia hoc S. C. principaliter datum est in favorem, et commodum mulierum; *l. et primo cit.* §. *verba* 2. *ff. ad S. C. Vellejan. l. qui exceptionem* 40. *pr. ff. de condict. indebit.* igitur renuntiari eidem potest ex regula communi, qua quisque dicitur renuntiare posse favori principaliter propter se introducto: 2. mulier subinde tenetur renuntiare huic SCto, ut puta, si judicium velit suscipere pro debitore, pro quo intercessit; *l. fin.* §. *mulier.* 4. *ff. ad S. C. Vellejan.* aut tutricem liberorum agere; *auth. matri, et aviae C. quand. mulier. etc. novell.* 118. *c.* 5. igitur supponitur, quod renuntiare eidem beneficio possit: 3. juxta dicta *n.* 21. mulier non juvatur hoc SCto, si sciens se non teneri, fidejussit: ergo eodem non juvabitur, si de eo sufficienter edocta, renuntiationem fecit.

26

Argumenta opposita sic dissolvuntur. *Ad* 1. beneficium per hoc SCtum indultum mulieribus, introductum quidem est a jure publico, sed non immediate in bonum publicum: nam per se, et principaliter mulierum favorem respicit: in quo differt a S. C. Macedoniano, quod respicit immediate, et principaliter commodum resp. cum istius intersit, filiorumf. mores servari integros: *Ad* 2. munus fidejussionis muneribus civilibus conjungitur, non quod species quaedam muneris civilis sit (nam invitis non imponitur,) sicut tamen imponitur munus civile; *l. munus* 214. *ff. de V. S.* sed ob similitudinem; quod sicut in officiis civilibus requiritur intellectus virilis, ita etiam in fidejussione, et propterea sicut illis, ita isti se immiscere foeminam nequaquam deceat. *Ad* 3. mulieres non esse tam faciles ad renuntiandum, quam faciles sunt ad fidejubendum, quando de beneficio, quod habent ex jure, sufficientem obtinuere certitudinem; constat enim, quod ex natura sua rerum, ac jurium suorum valde tenaces sint, ut adeo timeri non debeat, adeo facile huic juri, si notitiam illius habeant, illas renuntiaturas.

§. III.

De effectu fidejussionis.

SUMMARIUM

27

Effectus fidejussionis duplex est, videlicet obligatio fidejussoris ad solvendum id, pro quo fidejussit, et actio inde creditori ejusque haeredibus adversus eundem competens. Dixi, *pro quo fidejussit*; interest enim, in quantum fidejusserit, an scilicet in totam causam, an vero pro debito solum, quantum id ab initio, cum contrahebatur, fuit; nam *si hoc secundum*, ad plus non obligatur, quam ut illud solvat: *si primum*, tenebitur etiam ad incrementum debiti, quod ex mora v. g. quoad usuras est auctum; *l. fidejussores* 68. §. *pro Aurelio* 1. *ff. h. tit. et ibi* Brunnem. *n.* 1. *l. quaero* 54. *pr. ff. locat.* ubi modo laudatus Brunnem. *num.* 1. *et seqq.* magnif. P. Schmier *c.* 4. *de pact. et contract. n.* 85. *et* 86. Ne vero nimis onerosa, et odiosa fidejussio fidejussoribus fieret, triplex maxime ipsis a jure concessum est beneficium, videlicet ordinis, divisionis, et cedendarum actionum. Atque hinc

28

Quaeritur 1. quo ordine conveniri fidejussor a creditore possit? Resp. Olim quidem concedebatur creditori potestas conveniendi fidejussorem aeque, ac debitorem principalem, imo illum ante istum ut habetur *l. creditori* 2. *et l. jure* 5. *C. h. tit.* Verum hoc jus per jus recentius *novell.* 4. *c.* 1. *et auth. praesente C. h. tit.* an-

tiquatum est ab imperatore Justiniano, et introductum *beneficium ordinis*, seu *excussionis*, quo fidejussor a creditore conventus, cum ad debitorem principalem remittere, et petere potest, ut prius excutiatur iste, ejusque bona, antequam sibi fiat molestia. Prodest autem beneficium istud fidejussori, etiamsi is fidejussionem suam firmaverit juramento, ut cum communi tradit Covar. *in c. quamvis de pact. p.* 1. §. 4. *n.* 4. et ratio est, quia juramentum sequitur naturam et conditiones actus, sive contractus, cui adjectum est *reg. accessorium* 42. *in* 6. fidejussoriae autem obligationis, ut modo vidimus, ea natura est, ut fidejussor ante debitorem principalem non conveniatur, et ante conventus excipere, ejusque excussienem petere possit, antequam solutionem ipse praestet: ergo etc.

29

Excipiendi tamen complures sunt casus, in quibus excussio haec omitti, et fidejussor ante debitorem conveniri potest. Tales sunt 1. si fidejussor renuntiavit huic beneficio specialiter, quod facere potest quia tantum in favorem illius concessum est: 2. Si debitor a provincia longe absit, vel etiam lateat, et sine magno incommodo, ac difficultate conveniri nequeat: 3. si sit difficilis conventionis; quia potens, injuriosus, rixosus, ita, ut difficulter possit excuti: 4. si notorie non sit solvendo; quia frustra petitur, et instituitur excussio ejus, quem constat in bonis non habere, quod solvat: 5. si fidejussor malitiose neget se intercessisse pro alio, et mendacii postea convincatur; in poenam enim mendacii amittit privilegium; *novell. cit.* 6. si pro filio pater, aut alius intercessit pro eo, qui naturaliter solum, non autem civiliter, et efficaciter obligatur; quia cum actio adversus istos non competat, adversus eos non est locus excussioni.

30

Quaeritur 2. an singuli fidejussores teneantur in solidum? Resp. cum distinctione: vel enim singuli expresse se obligarunt solum pro parte debiti, vel obligarunt sese in solidum. *Si primum*, pro illa sola conveniri possunt; quia ad plus non tenetur fidejussor, quam in contractu fidejussionis conventum sit. *Si secundum*, singuli quidem conveniri in solidum possunt; is tamen qui convenitur, uti potest *beneficio divisionis*, et creditorem remittere ad reliquos fidejussores, ut etiam ipsi pro virili parte concurrant ad solutionem debiti, pro quo fidejusserunt. Obtinet autem beneficium hoc quilibet confidejussor, ut opponere hujusmodi exceptionem possi, prout statuitur §. *si plures* 4. *inst. hoc tit. l. non recte* 3. *C. et l. inter* 26. *ff. eod.* ne officium suum ipsi nimium damnosum sit.

31

Excipiuntur tamen sequentes sex casus. 1. Si ceteri confidejussores non sint solvendo; cum enim tunc divisio impossibilis sit, ille fidejussor, qui solvendo est, solvere totum debet §. *si plures cit.* 2. Si intercesserunt pro uno tutore rem pupilli salvam fore; *l. fin. ff. rem pupilli etc.* ubi additur ratio, *ne ex una tutelae causa plures, ac variae quaestiones apud diversos judices constituerentur.* 3. Quando se intercessisse falso, ac temere inficiati sunt *l. si dubitet* 10. §. *ita demum* 1. *ff. h. tit.* ubi Ulpianus dat rationem; quia *inficiantibus auxilium divisionis non est indulgendum.* 4. Siquis pro alio cum muliere intercessit; *l. si Titius* 48. *pr. ff. h. tit.* quia, ut ibi Papinianus, *scire potuit, aut ignorare non debuit, mulierem frustra intercedere.* 5. Si quis beneficio divisionis renuntiavit; *arg. l. fin. ff. et l. siquis* 29. *C. de pact.* 6. Denique cum hoc beneficio fidejussores non juventur ipso jure, sed ope exceptionis; *l. non recte* 3. *C. et l. inter* 26. *h. tit.* is, qui hac omissa, solidum creditori solvit, non potest a creditore petere soluti partem tanquam indebitam, aut eam a reliquis confidejussoribus postulare; §. *si plures* 4. *inst. vers. sed si ab uno, et l. ut fidejussor* 39. *ff. h. tit.* Porro exceptio haec ante sententiam definitivam opponi debet; nam post illam, saltem si sit executioni mandata, et vi illius solutio facta, opponi non amplius potest, ut cum Gomesio, et aliis tradit Less. *l.* 2. *c.* 27. *n.* 22.

32

Quaeritur 3. quomodo succurratur fidejussori, qui nec ordinis, sive excussionis, nec divisionis beneficiis ex aliqua causa uti potest? Resp. Huic superest beneficium *cedendarum actionum*, vi cujus adversus creditorem, si hic ab eo totum debitum exigat, potest excipere, et ab eo petere, ut sibi cedat actiones, quas adversus debitorem principalem, confidejussores reliquos, et pignorum possessores habet; §. *si quid* 6. *inst. l. si mandatum* 13. *et l. fidejussoribus* 17. *ff. l. cum alter* 11. *et l. sicut* 21. *C. h. tit.* Estque hoc adeo verum, ut si fidejussor, a quo solutio totius debiti petitur, ad hoc solvendum paratus sit, sed a creditore petat cedi sibi actiones, quas habet adversus debitorem principalem, hic vero cedere eas recuset, vel culpa sua nequeat, creditor ab agendo repellatur: et ratio est, quia etsi cum fidejussore non conveneris, aequum tamen est, ut huic debitum, pro quo intercessit, totum solventi actiones suas cedat, cum hoc creditori non noceat, plurimum prosit fidejussori, ut se servet indemnem.

33

Quaeritur 4. an absque hac cessione fidejussori solidum solventi competat actio adversus confidejussores, vel debitorem principalem? Resp. Adversus confidejussores nulla eidem competit; *l. ut fidejussor* 39. *ff. et l. cum alter* 11. *C. h. tit. de debitore principali* distinguendum est : vel enim fidejussit pro eo praesente, et vetante, et pro praesente, et sciente, aut mandante, vel pro absente, et ignorante. *Si primum*, caret actione; *l. potest* 41. *ff. mandat. et l. fin. C. de negot. gest. Si secundum* habet contra eum actionem mandati; §. *siquid* 6. *instit. h. tit.* junct. *l. si remunerandi* 6. §. *si passus sim* 2. *ff. mandat. Si tertium*, ipsi competit actio negotiorum gestorum; *l. sed videamus* 4. *ff. de negot. gest.* junct. *l. Lucius* 38. *in fin. ff. mandat.*

34

Excipitur 1. si fidejussor potuit defendere causam actione peremptoria, quae competebat fidejussori soli, et hanc non intendit. 2. Si potuit opponere exceptionem dilatoriam, vel declinatoriam, et non opposuit. 3. Si potuit appellare, et non appellavit. 4. Sì non monuit debitorem de solutione a se facta, ac propterea debitor iterum solvit. 5. Si solvit ante diem, vel ante impletam conditionem. 6. Si solvit procuratori creditoris ficto etc. De quo late Molin. *tr.* 2. *de J. et J. D.* 546. *a n.* 14.

35

Quaeritur 5. quomodo ob obligatione sua liberari fidejussor possit? Resp. Regula universalis est, quod fidejussor ante debiti solutionem a creditore liberationem impetrare non valeat; *l. si pro ea* 10. *ff. mandati.* Haec tamen regula non est perpetua, sed plures sunt casus jure proditi, in quibus ille, etiam antequam solvat, agere adversus debitorem principalem potest, ut ipsum obligatione liberet.

36

Tales sunt 1. si debitor nimis diu, et culpabiliter solutionem protrahat; *c. fin. h. tit. et l. Lucius* 38. junct. gloss. *ibid. V. ex tempore et V. condemnetur ff. mandat.* 2. Si debitor incipit labi facultatibus, et ad inopiam vergere, sicque periculum sit, ne postea non sit solvendo; *c. fin. l. Lucius, et l. si pro ea cit.* 3. Si fidejussor debitori principali a judice sit condemnatus; cum enim adversus fidejussorem condemnatum parata sit executio, perinde est, acsi solvisset; *c. fin. l. Lucius cit. et l. fidejussor* 45. *ff. h. tit.* 4. Si fidejussor pactum fecit cum debitore, ut post certum tempus, solutione non facta, etiam eum a fidejussione liberet; *l. Lucius, et si pro ea cit.* quia notissimi juris regula est, contractus a conventio-

ne legem accipere; *l. contractus* 23. *ff. de R. J.* 5. Si fidejussor ex urgente, vel necessaria causa peregre sit profecturus, et diu non rediturus; *arg. l. filiusfam.* 8. §. *fin. ff. de procurat.* 6. Si graves, seu capitales inimicitiae ortae sint inter debitorem, et fidejussorem debitoris culpa; secus, si culpa fidejussoris: tunc enim agere non posset; quia alias in fidejussoris potestate esset se a fidejussione liberare pro libitu. 7. Si fidejussor adveniente termino, timore poenae, aut aliter offert solutionem, et quia non oportet eam creditori minori dare, deponit in loco sacro, vel deputato. Plures alios casus addunt Menoch. *de arbitr. c.* 41. Harpprecht *ad* §. 6. *inst. h. tit.* et alii.

37

Quaeritur 6. quibus aliis modis finiatur fidejussio? Resp. 1. finitur, si debitor principalis ipse solvit debitum; non tamen si id, quod in solutum dedit, postea evincatur. 2. Si creditor fidejussori obligationem remittat; quia est in favorem creditoris, et favori pro se principaliter concesso quilibet renuntiare potest. 3. Si creditori sit legata a creditore liberatio; *l. si testamento* 49. *ff. h. tit.* 4. Si inter creditorem, et debitorem principalem fiat novatio obligationis principalis, in quam fidejussor non consensit, nec de novo fidejussit; *l. novatione* 4. *C. h. tit.* 5. Si fidejussor succedat debitori in bonis, ut ejus haeres. Si tamen obligatio fidejussoria est utilior creditori, quam obligatio debitoris, tunc obligatio quoad illum excessum permanet, sicut vicissim permanet obligatio debitoris, si debitor succedat fidejussori, et obligatio debitoris sit magis utilis creditori; *l. haeres* 21. §. *quodsi* 3. *ff. h. tit.* 6. Denique juxta Baldum, et alios plures apud Gabriel. *concl.* 3. *h. tit.* cessat fidejussio, si creditor tempus proroget debitori. Sed distinguendum est, an fidejussor simpliciter datus sit, an vero intercesserit solum ad tempus. *Si primum*, ad omnem casum, et causam obligari censetur, donec creditori sit satisfactum. *Si secundum*, haud dubie ultra illud fidejussor non obligatur. Vide Berlich. *p.* 2. *concl.* 25.

THE INSTITUTE OF MEDIAEVAL STUDIES
ST. MICHAEL'S COLLEGE
LIBRARY

TITULUS XXIII.

De solutionibus.

Pignoribus, et hypothecis, de quibus actum *tit.* 21. et fidejussionibus, de quibus *tit. praec.* merito praesente *titulo* succedit solutio; nam in hujus securitatem illae adduntur.

§. I.

De solutionis natura, et requisitis, ut rite fiat solutio.

SUMMARIUM

1 *Diversa solutionis acceptio.*
2 *Definitio ejusdem.*
3 4 5 *Quo loco solutio fieri debeat?*
6 7 *Quo tempore?*
8 9 *An conditionem indebiti, quasi plus solverit, habeat ille, qui ex errore ante tempus solvit?*
10 11 *Quid requiratur ex parte rei, quae solvitur?*
12 13 14 *Utrum solutio facienda sit in eadem specie monetae, in qua mutuum v. g. datum est?*
15 16 17 *An obligatus ad factum praecise teneatur facere, an vero liberetur, si loco facti interesse solvat?*

1

Quaeritur 1. quid sit *solutio*? Resp. *Solutionis* nemen dupliciter sumitur. 1. *late et generaliter* pro liberatione, et satisfactione quomodocunque facta; *l. solutionis* 54. *ff. de solution. l. liberationi* 47. *et l. solutionis* 176. *ff. de V. S.* quo modo solvisse dicitur non solum is, qui pecuniam, aliamve rem praestitit; sed etiam qui compensatione, et transactione, novatione, pacto de non petendo, aut quocunque alio modo ab obligatione est liberatus; Perez *in C. h. tit. n.* 1. Vallens. *hic n.* 1. Konig *n.* 1. Vviest. *n.* 11. magnif. P. Schmier *c.* 8. *de pact. et contract. n.* 1. et in hoc sensu verificatur illud germanicum: *anbei sung ist ein zahlung.* 2. *stricte*, *et specialiter* accipitur pro naturali praestatione, seu redditione ejus, quod debetur; *l. siquis* 46. *pr. l. solutam* 49. *pr. l. siquis* 66. *l. verborum* 107. *ff. h. tit.* Et in ea significatione salvatur diverbium germanicum, priori contrarium *anbeisung ist kein Zahlung.* Lauterbach. *ad tit. praes.* §. 1. Haec acceptio est praesentis potissimum tituli.

2

Definitur *solutio* in hoc secundo sensu accepta; quod *sit rei debito loco, et tempore creditori facta redditio*; Host. *hic n.* 1. Ex quo sequitur, ut rite fiat solutio, requiri tria. 1. Ut id, quod solvitur, sit idipsum, quod debetur; nam, ut Paulus *l. mutuum* 2. §. *mutui* 1. *ff. de reb. credit.* monet, *invito creditori aliud pro alio solvi non potest.* 2. ut fiat debito loco; nam multum et creditoris, et debitoris interest, quo loco fiat solutio, ut infra dicetur. 3. ut fiat debito tempore; quia ut *l. solidum* 85. *ff. h. tit.* dicitur *solidum non solvitur non minus quantitate, quam die*; De his ulterius.

3

Quaeritur 2. quo loco solutio fieri debeat? Resp. cum distinctione: Vel enim certus locus solutioni adjectus est, vel non est expressus locus, ubi debitum solvi debeat.

Si primum, solvi debet in loco convento; *l. is qui* 9. *ff. de eo, quod certo loco etc.* nec alibi a creditore peti potest, et si alibi creditor peteret, loco plus petiisse diceretur; *l. arbitraria* 2. §. *si quis Ephesi* 1. *ff. eod. Excipitur* 1. si debitor nunquam ad destinatum locum veniret; tunc enim creditor eundem etiam extra illum locum utiliter conveniret, modo loci, ubi solutio facienda esset, mentionem faciat; *l. alio loco* 1. *ff. eod.*

4

Si secundum, iterum distinguendum, an contractus sit mere gratuitus, an vero onerosus. *In contractu, et pacto mere gratuito* sufficit solutionem fieri in loco, ubi res tempore donationis, vel promissionis fuit, neque necesse erit, ut expensis donatoris transferatur ad donatarium, aut promissarium absentem, nisi aliud actum fuerit.

In contractu oneroso attendenda iterum est qualitas contractus. Nam 1. si debitum veniat ex tali contractu, in quo idem reddi debet, quod est acceptum, redditio fieri debet in loco rei acceptae: et hinc depositarius rem depositam reddet in loco, in quo illam custodiendam accepit, commodatarius rem commodatam in loco, in quo commodata haec illi est, Gibalin; *de usur. l.* 1. *c.* 3. *art.* 4. *n.* 7.

5

2. Si debitum venit ex contractu, ubi aliud accipitur, aliud praestatur, ille locus intelligitur solutioni destinatus, in quo facta est traditio rei, quae in contractum venit, sive deinde ibi contractum fuerit, sive non. Et hinc in contractu emptionis venditionis solvi pretium debet in loco traditae mercis, in contractu locationis conductionis merces, seu pensio in loco rei ad usum concessae, vel operae praestitae.

3. Si debitum enatum sit ex delicto, solutio facienda est, ubi moratur creditor; quia debitor ex delicto perfecte indemnem praestare creditorem debet; magnif. P. Schmier *c.* 8. *de pact. et contract. n.* 70.

6

Quaeritur 3. quo tempore fieri solutio debeat? Resp. Iterum distinguendo: vel enim certus terminus solutioni praefixus est, vel de tempore solutionis nihil actum est inter partes.

Si primum, solutio facienda est in termino convento, etiamsi illam non urgeat creditor; quia dies ipse interpellat pro creditore; *c. fin. de locat. et conduct. et l. magnam* 12. *C. de contrah. et committend. stipulat.* Dixi *in termino convento*, h. e. intra illum terminum; non enim prohibetur debitor solutionem offerre creditori ante tempus conventum, modo dies, ut communiter solet, non creditoris praecise, sed debitoris gratia adjectus sit; *l. quod certa* 70. *et l. qui res* 98. §. *mihi* 4. *ff. h. tit.*

7

Si secundum contingat, et nullus solutioni praefixus sit terminus, differri solutio poterit, donec debitum petat creditor; quia interim cogitari prudenter potest, quod ipse quoad dilationem solutionis invitus non sit; *arg. l. debitores* 10. *et ibi* DD. *C. de pignorib. Excipitur* 1. nisi debitum descendat ex delicto; nam ad restituendum v. g. id, quod furto ablatum est, primum quodque tempus pro termino est, ut notat Sylvest. *V. mora q.* 1. et ex hoc Konig *hic n.* 27. *Excipitur* 2. si creditor forte non petat debitum ex aliqua ignorantia, timore, impotentia, vel alia causa, unde debitor possit conjicere, quod invito creditore solutionem differat; tunc enim si non statim solvat, erit in mora culpabili; Molin. *D.* 564. Haec satis certa.

8

Dubium est, an condictionem indebiti, quasi plus solverit, habeat ille, qui ex errore solvit hodie, quod primum solvere debuit post semestre? Resp. cum distinctione; nam si pecunia fuit debita in certum diem, condictio indebiti ipsi non competit; *l. in diem* 10. et *l. eam si* 17. *ff. de condict. indebit. Excipitur*, si debitor probaverit, quod ratione praeproperae solutionis tempore intermedio extra sortem aliquid creditoris lucro cesserit; tunc enim illud repeti posset, ut putat Konig *l. cit. n.* 26.

9

At si debita pecunia solum fuit in diem incertum, videndum, qua incertitudine incertus sit ille dies; nam si certum est quidem eum diem aliquando exiturum, incertum vero quando, ut cum quis

dicit, *solvam, quando moriar*, ante solvens condictionem indebiti non habet, saltem quoad substantiam soluti; quia hoc in casu certum est, id, quod solutum est, debitum iri; *l. quod si* 18. *ff. de condict. indebit.* Si vero incertum sit, an dies ille sit extiturus e. g. *si navis ex India venerit*, condici solutum tanquam indebitum potest; *l. quodsi cit. et l. promisit* 18. *ff. eod.* quia tunc promissio conditionata solum est, et quod ante adventum illius diei solutum est, absolute nondum debebatur.

10

Quaeritur 4. quid requiratur ex parte rei, quae solvitur? Resp? 1. Requiritur, ut solvatur idipsum, quod debetur; quia, ut dictum est *supra n. 2.* invito creditori aliud pro alio solvi non potest: quod ita verum est, ut debito etiam non satisfiat, si solvatur res aeque bona; quia ea non debetur, et invito creditori adimi non potest jus quaesitum, quod ipse habet ad rem determinate debitam.

2. Ut solvatur res propria debitoris, si ejus obligatio ad dandum tendat; secus, si tendat ad tradendum; tunc enim sufficit praestare creditori rem habere licite, ut fit in emptione venditione, in qua res etiam aliena vendi, et emi potest; *l. ex empto* 11. §. *et imprimis* 2. *ff. de action. empt.*

3. Ut solvatur totum illud, quod debetur; nec enim regulariter permittitur, ut debitor invito creditori particulatim solvat; *l. Titius* 41. §. *Lucius* 1. *ff. de usur. et fructib. l. obsignatione* 9. *C. h. tit.* quia quod simul acceptum est, simul reddi debet, et una obligatio una solutione tollenda, cum plerumque solutio, et exactio partium non minima habeat incommoda teste JCto; *l. plane* 3. *ff. famil. hercisc.*

11

Dixi *regulariter*; nam plures sunt casus, in quibus solutio fieri per partes potest. 1. Si creditor ultro admittat solutionem particularem: et in hoc sensu §. *item* 1. *in fin. instit. quib. mod. oblig. tollit.* imperator, *quod debetur*, inquit, *pro parte recte solvitur*, intellige creditori volenti. 2. Si ita contractum sit inter creditorem, et debitorem, ut liceret particulatim solvere; *l. Titius, et* §. *Lucius cit.* 3. Si hoc suadeat favor libertatis; *l. cum haeres* 4. §. *item si* 6. *ff. de stat. liber.* 4. Si tantum per partes creditum sit; quia obligatio eo modo distrahi potest, quo modo contracta est; *c. omnis* 1. *de R. J. et l. nihil* 35. *ff. eod.* 5. Si quis ex diversis causis eidem creditori aliquid debeat, v. g. 100. ex locatione, et 100. ex mutuo; *l. in potestate* 1. *C. h. tit.* 6. Si debitum ex una parte sit liquidum, vel confessatum, non ex alia; tunc enim differri potest solutio partis, de qua dubium est, an debeatur, de quo casu loqui-

tur ; *l. quidam* 21. *ff. de re credit. et l. permittendum* 8. *ff. si pars haeredit. petat.* Vide Harpprecht *in princ. inst. quib. mod. re contrah. oblig. n.* 47. *et seq.*

12

Quaeritur 5. utrum solutio facienda sit in eadem specie monetae, in qua mutuum v. g. datum est? Videtur respondendum affirmative, quia si in diversa specie fieret solutio, aliud pro alio solveretur contra *l. mutuum* 2. §. *mutui* 1. *ff. de reb. credit.*

Sed tenenda est negativa sententia, et dicendum per se, et regulariter solutionem in quacunque specie currentis, et valentis monetae fieri posse. Colligitur ex *l. si alii* 1. §. *cui certum* 1. *l. cum certum* 9. *et l. Titiae* 35. *ff. de aur. et argent. legat.* ubi dicitur, legato auro, vel ipsum aurum, vel pretium auri praestandum esse. *Ratio est*, quia pecunia in suo genere regulariter mutuam functionem recipit, nec in solutione attenditur materia, sed valor, et aestimatio; *l. origo* 1. *pr. ff. de contrah., empt.*

Ex quo sequitur, casu, quo inter contrahentes placuit, ut quemadmodum in antiquis obligationum instrumentis saepe legitur, solutio fiat in aureis rhenanis, *in guten genehmen Rheinischen Bulden*, eam non solum in moneta aurea, sed etiam in argentea usuali fieri posse; quia ex communi loquendi usu, et praxi romani imperii per aureos rhenanos non solum intelliguntur floreni ex auro sed etiam floreni ex argento, vel aliae pecuniae, in eo valore, qui aureum rhenanum adaequant, acceptae, sicut pro re certa, et notoria tradunt Vvehnerus *in observ. pract. lit. G. V. Gold-Gulden pag.* 247. *et seq.* §. *hisce tamen omnibus etc.* Besold. *in thesaur. pract. V. Gulden pag.* 593. Berlich *p.* 2. *concl.* 37. *n.* 9. Mynsing. *cent.* 1. *obs.* 65. *et obs.* 83. *n.* 2. magnif. P. Schmier *c.* 8. *de pact. et contract. n.* 34. *et* 35.

13

Dixi *per se*, *et regulariter*; nam triplex addi debet exceptio. 1. Nisi de eadem specie reddenda expresse conventum sit; cum enim conventio det legem contractui, eo casu solutio praestanda erit in specie conventa, si adhuc extet. *Si adhuc extet*, inquam; nam si non amplius extet, cum ad impossibile nulla sit obligatio, solutio eo casu fieri poterit in moneta alia, quae pro illo tempore viget, in ea quantitate, quae monetae tempore contractus definitae aequivaleat, habito respectu ad lucrum cessans, et damnum emergens; *arg. c. olim* 20. *de cens. et ibi* Gonz. *n.* 4. Engl. *hic n.* 13. *vers. primo igitur casu*, magnif. P. Schm. *c.* 8. *cit. n.* 43. *et* 44.

Excipitur 2. nisi speciali jure aliter cautum sit: sic novissimo jure *reces. imper. de anno* 1559. § *die jestgemeldten*, si solvenda

est summa notabilis quantitatis, creditor invitus non cogitur recipere solutionem in pecunia minuta ultra 25. florenos.

14

Excipitur 3. nisi creditor ex solutione monetae in diversa materia, aut forma pateretur damnum; *l. debitorem* 99. *ff. h. t.* quod fieret, si pretium monetae interea decrescat; tunc enim non potest dissolvi obligatio, nisi tantundem addatur, quanto pretium diminutum est.

Sic limitata responsione, facilis est solutio ad rationem dubitandi oppositam; dicendum enim tali casu non solvi aliud pro alio, etiamsi pro moneta argentea solvatur aurea, aut vicissim modo solvatur secundum valorem proportionatum, et in moneta proba; reproba enim pecunia solventem non liberat; *l. eleganter* 24. §. *qui reprobos* 1. *ff. de pignor. act.*

15

Quaeritur 6. an obligatus ad factum praecise teneatur facere, an vero liberetur, si loco facti interesse; solvat? Hoc secundum affirmat Bachov. *ad treutl. vol.* 2. *D.* 27. *thes.* 1, *lit. L.* Eckold. *ad ff. de V. O. n.* 16. et plures alii propter textus *l. siquis* 13. §. *si quis promiserit* 1. *ff. de re jud. l. stipulationes* 72. *pr. l. quotiens* 81. *pr. l. si insulam* 84. *l. siquis stipulatus* 112. §. *siquis ita* 1. *ff. de V. O.* et alios passim. Et confirmant ex ratione; quia licet in promissione faciendi principaliter, et expresse factum in obligationem veniat, virtualiter tamen, et ex mente interpretativa promittentis facto succedit obligatio ad interesse, ita, ut si is nolit praestare factum, possit obligationi suae satisfacere si offerat interesse.

16

Sed probabilius est, promissorem facti praecise obligari ad factum ponendum, nec satisfacere offerendo interesse; si facti praestationem urgeat creditor. Ita Corras. 2. *miscel.* 3. Bronchors. *cent.* 4. *assert.* 41. Zoes. *ad ff. de V. O. n.* 53. Konig *hic n.* 19. *Ratio est*, quia promissor dandi praecise obligatur dare, nec liberatur offerendo interesse pro re promissa, ne scilicet, ut *n.* 10. dictum est, creditori obtrudatur aliud pro alio: atqui inter promissorem dandi, et promissorem faciendi aequale jus obtinet, ut colligitur ex §. *omnium* 1. *inst. de act. ibi*, *dare*, *aut facere oportere*: ergo nec promissor faciendi satisfacit, si interesse duntaxat offerat.

17

Neque obstant textus allati in contrarium; nam dici potest, eos loqui tantum de casu, quo factum promissum amplius praestari non potest: vel hoc solum velle, quod post commissam a debitore moram in praestando facto creditor non amplius teneatur praestationem

ejusdem accipere, sed possit determinate ad interesse agere. *Ad Conf.* ibi sit manifesta petitio principii; quaeritur enim, an promissio faciendi cum hac interpretativa mente sit praestita, et acceptata.

§. II.

SUMMARJUM

De persona ejus, cui et a quo solutio praestanda est.

18 19 20 *Cui solutio præstanda sit?*
21 22 *Per quem?*
23 *Quomodo creditor consequi solutionem debiti a debitore possit.*
24 *Ubi de ordine servando, antequam debitor detrudatur in carcerem.*
25 *Hunc effugere potest, si cedat bonis omnibus.*
26 *Et promittat, cum ad pinguiorem fortunam venerit, se satisfacturum pro residuo.*
27 28 *Casus, quibus cessio bonorum non liberat a molestiis carceris.*
29 30 31 32 *Personae, quibus competit privilegium competentiæ.*

18

Quaeritur 1. cui solutio praestari possit? Resp. Praestari potest 1. ipsi creditori, si rerum suarum administrationem habeat. Neque interest, an solutio volenti, vel etiam invito fiat; quia solutionem debito modo, tempore, et loco factam tenetur acceptare, vel si recipere eam nolit, poterit debitor eas pecunias magistratui consignare, et ita a debito imposterum liber fiet; *l. obsignatione* 9. *C. h. t.*

2. Si creditor rerum suarum administrationem non habeat, solvi debet tutori, vel curatori ejusdem: cui solvendo ut plenissimam liberationem debitor impetret, authoritas, et decretum judicis debet accedere; nam hac non apposita, si solutio tutori, vel curatori fiat, pupillus, vel minor adversus illam petere potest restitutionem in integrum; §. *fin. inst. quib. alien. licet, vel non. l. exemplo* 1. *C. si adver. solut.* et ibi DD.

19

3. Recte etiam solvitur procuratori creditoris, si vel sit procurator in rem suam, vel in rem alienam quidem, sed istructus speciali mandato ad recipiendam solutionem, vel omnium negotiorum administrationem habens; *l. vero* 12. *pr. ff. h. t.* nam ut *l. qui hominem* 34. §. *si Titium* 3. *ff. eod. dicitur, qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intelligitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant.*

4. Solvi potest creditori creditoris: si tamen huic solvatur sine creditoris immediati mandato, liberatio non ipso jure, sed ope duntaxat exceptionis contingit, quatenus creditori immediato poscenti solutionem debitor opponere potest exceptionem doli, eumque repellere; *l. si opera* 6. *ff. de dol. mal. et met. exc.*

20

5. Recte solvitur servis, et filiisfamilias, si ipsi exigendis pecuniis praepositi sint, aut liberam peculii administrationem habeant; *l. siquis servo* 18. *l. solutam* 49. *l. dispensatori* 51. *ff. h. t.*

4. Denique recte solvitur ei, qui solutionis causa in contractu adjectus est; §. *siquis alii* 4. *inst. de inut. stipul.* eo tamen casu creditor habet actionem mandati adversus adjectum ad restituendum solutum, ut §. *cit.* dicitur.

Aliis, quam recensitis. non recte solvitur; quia creditore interest, cui solvatur.

21

Quaeritur 2. per quem solutio praestari possit, vel debeat? Resp. 1. praestari potest per ipsum debitorem, si rerum suarum administrationem habeat; nam si hanc non habeat, ut sunt pupilli, minores, prodigi, non recte solvit sine authoritate tutoris, vel curatoris, quia solutio est species alienationis, quae pupillis, minoribus etc. sine tutoris, vel curatoris authoritate prohibita est. Estque hoc ita verum, ut solutio aliter facta sit irrita, nec dominium soluti in creditorem transferat, si apud hunc extet; nam si pecunia soluta apud hunc periit, vel cum propria pecunia commixta est, convalescit solutio, et sequitur plena liberatio solventis, ne quod favore pupillorum, et minorum est introductum, in eorundem detrimentum detorqueatur; *l. quodsi* 14. §. *fin. ff. h. t.* Stryc. *in us. modern. ad l. cit.* §. 1.

22

2. Praestari solutio potest per procuratorem debitoris, si instructus sit mandato vel speciali, vel generali cum libera: neque est opus, ut dominus solutionem ita factam habeat ratam, prout dicitur *l. quodlibet* 87. *ff. h. t.* ubi etiam ratio additur, *quia cum quis procuratorem omnium rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, ut creditoribus suis pecuniam solvat.*

3. Praestari potest per quemcunque alium non tantum sciente, et volente debitore, sed etiam illo ignorante, vel invito; quia ut *l. solvere* 53. *ff. h. t.* dicitur, *jure civili*, (imo, et naturali) *constitutum est, licere etiam ignorantis, invitique meliorem conditionem facere.* Qua in re tamen faciendum est discrimen aliquod inter eum, qui solvit pro debitore sciente, et volente eum, qui pro ignorante, et eum, qui pro invito. *Primus* actione mandati totum, quod solvit,

repetere a debitore potest; *arg. l. si remunerandi* 6. §. *si passus sum* 2. *et l. Papinianus* 28. *ff. mandat. Alter* id repetere potest actione negotiorum gestorum; *l. qui servum* 41. *l. cum pecuniam* 43. *ff. de neg. gest.* et ibi Brunem. *n.* 3. *Tertius* autem omni actione caret; quia donandi animo solvisse censetur; *arg. l. fin. C. eod.*

23

Quaeritur 3. quomodo creditor consequi solutionem debiti a debitore possit? Resp. etsi debitum liquidum sit, praestare tamen illius solutionem creditor sibi ex bonis debitoris propria authoritate non debet, cum jus sibi dicere nemo possit; *l. extat* 13. *ff. quod met. caus.*

Quare in petenda, et obtinenda solutione sequens servandus est ordo. 1. Creditor, si tempus solutioni praefixum transierit, convenire debet amicabiliter debitorem, ut eam sibi praestet.

2. Si hujusmodi conventioni non acquiescat, adire debet judicem, qui debitorem citet.

24

3. Si citatus compareat, et debitum fateatur, vel de eodem aliunde constet, v. g. sententia judicata, aut instrumento publico, vel privato, a debitore agnito, judex illi solutionem faciendam imperabit.

4. Si vero debitor nec satisfactionem praestare, nec creditorem idonea cautione securum reddere de solutione in tempore exhibenda possit, procedet judex ad executionem, et debita solvet de debitoris bonis, ea vendendo in publica subhastatione.

5. Bonis deficientibus, aut ad debita solvenda non sufficientibus, judex ad instantiam unius, vel plurium creditorum debitorem detrudet in carcerem, donec aliunde integre solvat; Covar. *l.* 2. *var. c.* 1. *n.* 2. Gomez *l.* 2. *var. c.* 11. *n.* 5. Molin. *tract.* 2. *de J. et J. D.* 571. Pal. *tr.* 32. *D.* 1. *p.* 10. §. 26. *n.* 1. *et* 2.

25

Quaeritur 4. quomodo effugere debitor squallorem carceris, et ceteras hujusmodi molestias possit? Resp. Potest effugere, si bona sua omnia creditoribus dimittat, ut ex iis pro viribus sibi satisfaciant, et promittat, se, cum ad pinguiorem fortunam venerit, satisfacturum pro residuo, pro quo solvendo bona ejusdem non suffecere; §. *fin. instit. de action. l. qui bonis* 1. *ff. qui bon. ceder. poss. l. is qui* 4. *ff. de cession. bonor.*

Dixi *bona sua omnia*, et quidem de rigore juris usque ad saccum, et peram, ex aequitate autem, et honestate veste, et victu quotidiano retentis.

26

Addidi. *Et promittat*, *cum ad pinguiorem fortunam pervenerit*, *se satisfacturum pro residuo*; nec enim cedendo bonis debitor omnibus suis debitis, sed tantum importunis creditorum exactionibus liberatur ad tempus, donec scilicet melior fortuna affulserit; nam hac affulgente, si bona aliqua acquisierit, ab iisdem creditoribus conveniri denuo potest, non tamen in solidum, sed in id tantum, quod deducto quotidiano victu, et familiae sustentatione, praestare potest; quia, ut §. *fin. cit.* dicitur, inhumanum visum est, eum qui fortunis se omnibus exuit, in solidum conveniri, et condemnari.

27

Quaeritur 5. an omnes debitores indiscriminatim bonorum cessione effugiant carcerem? Resp. negative; nam 1. carcerem cessione bonorum non effugiunt, qui ex furto, rapina, vel alio delicto mulctam pecuniariam debent; in his enim, ne delicta maneant impunita, locus est regulae, *qui non habet in aere*, *luat in cute*, juxta *l. fin. ff. de in jus vocand. et l. quotiens* 1. §. *fin. ff. de poenis.*

2. Qui spe cessionis bonorum debita contraxerunt, aut in ea bona aliqua occultasse convincuntur; quia cum dolose committant in legem, istius auxilium frustra implorant; *c. quia frustra* 14. *de usur. et l. auxilium* 37. *in fin. ff. de minor.*

3. Qui bona sua in fraudem creditorum alienarunt, aut dissiparunt; *l. fin.* §. *fin. ff. quae in fraud. creditor.* nam fraus sua, et dolus nemini patrocinari debet; *l. nec ex dolo* 12. *ff. de dol. et l. non fraudantur* 134. *ff. de R. J.*

28

4. Qui prodige, et luxuriose bona sua consumpserunt; cum enim turpitudine sua inopiam sibi acquisiverint, commiseratione digni non sunt; Perez *in C. qui bon. ced. poss.* et Corvin. *ibid.* §. *sunt et alii.*

5. Qui cessionis beneficio renuntiarunt; potest enim debitor huic beneficio probabilius renuntiare, idque non tantum cum juramento, sed etiam simpliciter, ut communior DD. habet: et ratio est, quia etsi jus per cessionem bonorum evitandi molestias carceris aliquo modo pertineat ad bonum commune, directe tamen, et principaliter concessum est in bonum ipsorum debitorum, sive in eorum subsidium, et miseriae levamen; *l. cum et filiifam.* 8. *et l. fin. C. qui bon. ceder. poss.* atqui favori, et juri directe, et principaliter sibi indulto renuntiare cuivis integrum est; quantumvis illud indirecte, et secundario commune bonum reip. spectet; *c. si de terra* 6. *de privil. et l. siquis* 29. *C. de pact.* ergo etc.

29

Quaeritur 6. quinam conveniri nequeant ultra id, quod congrua sustentatione retenta, facere possunt? Resp. ii, qui privilegium *competentiae* habent. Tales sunt.

1. Parentes adversus liberos; *l. sunt qui* 16. *in fin. et l. cum ex causa* 30. *ff. de re judic.* Ratio clara est, quia liberi alimenta debent parentibus, et reverentiam, cui utique repugnat patrem pro eo, quod debet filio, et solvere non potest ob egestatem, rapi in carcerem.

2. Liberi adversus parentes; nam quod in parentibus vetat reverentia, hoc in filiis amor naturalis prohibet.

30

3. Ascendentes ceteri respectu descendentium, et vicissim; nam illi parentum nomine, isti liberorum in jure veniunt.

4. Ut vult Gonzal. *in c.* 3. *h. t. n.* 9. et alii, fratres adversus fratres, et deduci hoc videtur ex *l. patronus* 17. *ff. de re judicat. et l. verum* 63. *ff. pro socio.*

5. Patronus, patrona, horum liberi, et parentes adversus libertum; *l. patronus cit.*

6. Donator, si conveniatur ex donatione; *l. inter eos* 19. §. *is quoque* 1. *ff. de re judic.* ne videlicet ex sua liberalitate omnino inops reddatur.

7. Socii omnium bonorum adversus socios; *l. sunt qui cit.* imo et socius unius rei, si conveniatur ex ea societate; *l. verum cit.*

8. Maritus; hic enim in restitutione dotis tantum condemnatur in id, quod facere potest; *l. patronus cit.*

31

9. Uxor, si conveniatur a marito ex promissione dotis; *l. non tantum* 20. *ff. de re judic.*

10. Socer utriusque conjugis: et quidem socero uxoris, id est, patri mariti, competit privilegium hoc tam soluto, quam stante matrimonio; *l. rei judicatae* 15. §. *socero* 2. *ff. solut. matrim.* Socero vero mariti, sive patri uxoris videtur solum competere, si conveniatur stante matrimonio, non item, si soluto; *l. sed hoc* 22. *pr. ff. de re judic. et l. si de dote* 84. *ff. de jur. dot.*

11. Mulieres honestae ob pudorem sexus; *auth. sed hodie C. de offic. divers. judic. et auth. hodie C. de custod. reor.*

12. Milites militiae tum armatae *l. miles* 6. *pr. et l. item miles* 18. *ff. de re judic.* tum togatae, ut communior habet: quales sunt advocati, et bonarum artium professores, ac doctores; *arg. l. cit. et l. medicos* 6. *C. de professor. et medic.*

32

13. Clerici; *c. Odoardus* 3. *h. tit.* quia sunt milites militiae coelestis; *can. reprehensibile* 19. *caus.* 23. *qu.* 8. Unde gaudent omnibus privilegiis militaribus, ut post alios docet Gonz. *in c.* 3. *h. tit. n.* 14. dummodo eorum statui non repugnent.

14. Illi, qui ob inopiam miseratione digni sunt, uti sunt emancipatus, vel exhaeredatus, et qui paterna haereditate abstinuit, aut ex minima parte haeres extitit. Item qui bonis cessit, si post cessionem a prioribus creditoribus conveniatur, ut dictum est *n.* 27. Nec non illi, quorum bona omnia a creditoribus sine ipsorum dolo malo sunt vendita: de quibus late Gonz. *in cap.* 3. *cit. n.* 13. Denique juxta quosdam, qui sine sua culpa injuria temporum eo paupertatis redacti sunt, ut non sint solvendo: de quibus Haun. *tom.* 1. *de J. et J. tr.* 2. *n.* 260.

§. III.

De privilegio competentiæ, quod datur clericis debitoribus qui non sunt solvendo.

SUMMARIUM

33

Quaeritur 1. quid requiratur, ut clericus debitor fruatur beneficio, sive privilegio competentiae? Resp. Requiritur 1. ut debitor ob inopiam solvere nequeat; nam si ad solvendum sit potens etiam quoad partem, et contumaciter recuset solvere, in carcerem conjici, et in subsidium excommunicari potest; Fagn. *in c.* 3. *h. t. n.* 4.

2. Ut de inopia, ob quam debitor non est solvendo, constet, ut colligitur ex *c.* 3. *cit. V. constiterit*: et hinc illam probare debet saltem summarie, et praesumptive ex fama, vel communi hominum aestimatione, aut redituum suorum tenuitate; Fagn. *l. cit. n.* 31.

3. Ut ad inopiam, et impotentiam solvendi redactus non sit propria sua culpa, aut dolo; Fagn. *n.* 44. *et duob. seq.*

34

4. Ut clericus conveniatur ratione debiti in causa civili; quia super crimine criminaliter conventus, et ad poenam pecuniariam condemnatus, si solvendo non sit, non effugit carcerem, sed quod in aere non habet, luere in cute debet; Abb. *in c.* 3. *cit. n.* 5.

5. Ut conveniatur actione personali; nam conventus actione reali non potest uti hoc beneficio, quod personale duntaxat est; Fagnan. *n.* 52.

6. Ut recognoscat, et fateatur debitum; nam si hoc neget pertinaciter, et postea de eo convictus fuerit, privilegium istud allegare non potest; Pirh. *hic num.* 23. *not.* 3.

7. Ut praestet cautionem idoneam de solvendo, si ad pinguiorem fortunam pervenerit; *c.* 3. *cit.* nam inopia, et impotentia solvendi non extinguit, sed tantum suspendit obligationem solvendi in tempus melioris fortunae.

35

Quaeritur 2. quinam clerici gaudeant privilegio competentiae? *Certum est* de clericis, qui in majoribus ordinibus constituti sunt: item de iis, qui in minoribus solum constituti, sed beneficium ecclesiasticum habent, aut si isto carent, habitum, et tonsuram clericalem deferentes, alicui ecclesiae ex mandato episcopi deserviunt, vel in seminario, aut studio aliquo generali versantur, quod eo gaudeant.

36

Dubium est de iis, qui in minoribus constituti, nulli ecclesiae serviunt, nec in studiis ex episcopi mandato versantur. Non conveniunt DD. nam quidam negant, alii affirmant; Fagnan. *in c. Odoardus* 3. *h. tit. n.* 24. *et* 25. distinguit: nam si hujusmodi clerici in minoribus constituti, imo prima solum tonsura initiati, conjugati non sint, et habitum, ac tonsuram deferant, affirmat iis competere dictum privilegium propter generalitatem; *c. Odoardus cit.* At si abjectis clericatus indiciis, publice se pro laicis gerant, aut conjugati sint, negat iis patrocinari privilegium allegatum; quia tales, licet characterem ordinis indelebilem habeant et retineant, in omnibus tamen, ut laici reputantur.

37

Quaeritur 3. utrum omnes clerici gaudeant hoc privilegio? Resp. negative; nam plures a fruitione illius excluduntur. Et quidem.

1. Qui tempore contractus negavit se esse clericum, ut sic alios alliceret ad contrahendum; nam qui negat qualitatem suae personae, ob quam concessum illi est privilegium, illud amittit; *arg. l. si is* 2. *et l. seq. C. si minor se majorem etc. Excipitur*, nisi aliter contrahens sciverit, illum esse clericum; nam fraus scienti non fit; *l. cum donationis* 34. *C. de transact.*

2. Si bona propria occultavit, ut ex eis non satisfaceret creditoribus; tunc enim potest excommunicari, et in carcere detineri, donec solvat; quia revera non est impotens ad solvendum.

3. Si sit suspectus de fuga; Molin. *tr.* 2. *de J. et J. l. D.* 571. *n.* 22.

4. Si coram judice falso negavit debitum; Pirh. *hic n.* 23. *not.* 3.

5. Si aliud quoddam ex requisitis *n.* 33. *et* 34. allatis eidem desit. His enim casibus etiam clericus apprehendi, et in carcerem detrudi potest, non praecise propter debitum civile, sed propter dolum, et crimen commissum.

38

Quaeritur 4. an clericus possit dicto beneficio, seu privilegio competentiae renuntiare? Videtur posse; nam 1. id innuere videtur *l. si quis* 51. *C. de episc. et cleric. et l. siquis* 29. *C. de pact.* juxta quos textus renuntiari potest privilegio competenti ratione militiae, dignitatis, sacerdotii: 2. clerici privilegio competentiae renuntiare possunt tacite, sive per actum ejus retentioni contrarium, v. g. dolose contrahendo, bona occultando, dissipando etc. ut *n. praec.* dictum est: atqui taciti non major vis est, quam expressi; *l. nonnumquam* 52. *ff. de condit. et demonstr.* ergo etiam possunt eidem renuntiare expresse.

39

Sed verius est non posse renuntiare. Ita communior. *Ratio est*, quia privilegium hoc non est privatus singulorum, sed publicus favor totius ordinis, seu status clericalis, ne videlicet in opprobrium istius clerici cogantur mendicare, aut alias sordide vivere; publici autem favoris renuntiatio nulla est; *l. jus publicum* 38. *ff. de pact. Proceditque* hoc, etsi renuntiationi adjectum sit juramentum; quia juramentum hoc bono publico praejudiciosum est, et cons. jurantem non ligat.

40

Neque contrarium probant argumenta opposita. *Ad* 1. 1. textus illi, ut recte notat Barbos. *in l. alia* 14. §. *eleganter ff. solut. matrim. n.* 21. solum procedunt in privilegio, quod principaliter clerici personae, aut clero certae provinciae concessum est, non vero in eo, quod toti ordini clericali, et ipsius clericatus, sive sacerdotii favore principaliter concessum est; hoc enim censetur esse jus publicum, cui privatorum pactionibus renuntiari non potest. *Ad* 2. retorquetur imprimis argumentum; nam clericus, etsi expresse renuntiare privilegio fori nequeat, potest tamen tacite per actum contrarium, incedendo in habitu laicali, sive non deferendo habitum, et tonsuram, aut non inserviendo ecclesiae secundum praescriptum Trid. *sess.* 23. *cap.* 6. *de reform.* habet ergo aliquando tacita renuntiatio majorem vim, quam expressa: et hoc contingit in praesenti materia; quia tacita renuntiatio vim habet ex dispositione juris potius, quam ex voluntate clerici, qui dolose contrahendo, bona dissipando etc. privilegium competentiae etiam invitus amittit.

41

Quaeritur 5. utrum ne ceterae personae *n.* 30. *et seqq.* relatae renuntiare valide competentiae privilegio possint? Etiam harum renuntiationem nullam esse existimat Baeza *de inope debitore c.* 16. *n.* 82. et alii. Sed videtur distinguendum cum Covar. et ceteris, et dicendum, non posse renuntiare illos, quibus hoc privilegium competit ob reverentiam, ut sunt parentes, patroni, conjuges; posse ceteros, uti sunt socii, milites etc. juxta regulam sumptam ex *l. si judex* 41. *ff. de minorib. et l. siquis* 29. *C. de pact.* ubi dicitur *antiqui juris esse*, *ut omnes licentiam habeant, his*, *quae pro se introducta sunt*, *renuntiare.*

42

Dubium est, utrum fidejussor debitorum gaudentium hoc privilegio, eodem et ipse gaudeat? Resp. negative: sed conveniri potest, ultra quam potest debitor principalis, pro quo fidejussit. *Ratio est*, quia hoc beneficium est personale, quod de persona ad personam non transit. Poterit tamen eo casu fidejussor suscipere judicium, tanquam defensor rei principalis, et necessarius; vel si hoc nolit, denuntiare principali, ut veniat, et suscepto in se judicio, privilegii exceptionem in sua persona opponat: quo utroque casu exceptio privilegii istius valebit: in secundo quidem, quia tunc debitor principalis fit actor; in primo autem; quia tunc debitor fidejussor non amplius nomine proprio, sed ipsius debitoris principalis agit, et cons. privilegium hoc ultra personam debitoris non transit.

§. IV.

De debitis relictis ab antecessore in praelatura, vel beneficio.

SUMMARIUM

43

Quaeritur 1. an successor in praelatura, vel beneficio teneatur solvere debita, ab antecessore suo contracta? *Certum est*, quod teneatur solvere, si contracta illa sint nomine ecclesiae, et pro necessitate, vel utilitate ejusdem; nam clara hujus rei habetur decisio *c. ad haec* 1. *h. tit.*

44

Dubium est, utrum eo casu creditor probare debeat, id, quod dedit, in ecclesiae utilitatem conversum esse? Non concordant DD. Ant. de Butrio *c. quod quibusdam* 4. *de fidejussor. n.* 9. Fachin. *l.* 2. *controv. c.* 77. *§. ego vero.* Pal. *tr.* 32. *D.* 4. *p.* 5. *n.* 10. putant successorem ad ea debita solvenda non teneri, nisi creditor probet, id, quod dedit, in ecclesiae utilitatem conversum esse. Nituntur textu *c. quod quibusdam cit.* ubi, ut ecclesia obligetur creditoribus ob debitum ex mutuo, diserte exigitur, quod illud ad ecclesiae utilitatem conversum sit: igitur nisi hoc aliunde constet, illud debet probare creditor.

45

Contra Abb. *in c.* 4. *cit. n.* 7. Ancharan. *ibid. num.* 9. Molin. *tr.* 2. *D.* 300. *n.* 8. et alii communius docent, creditori non incumbere probationem istam, nisi casu, quo haec ipsi incumbit, ut obligetur ante-

cessor. Colligitur ex *c. ad haec cit.* ubi successor obligatur ad solvenda debita, quae pro ecclesiae necessitate antecessor contraxit, nec petitur, ut probetur mutuum, ex quo hujusmodi debita orta sunt, in ecclesiae utilitatem conversum esse. *Ratio est*, quia in hujusmodi probatio exigeretur a creditore; nemo facile reperiretur qui ecclesiis, dum inopia laborant, mutuo dato subvenire vellet.

46

Neque aliud eruitur ex *c. quod quibusdam cit.* et allegato ab adversariis; quia ibi sermo dumtaxat est de mutuo contracto in ea quantitate, ut pro eo solvendo necesse sit alienare res ecclesiae immobiles, vel mobiles pretiosas, quo casu, ut obligetur ecclesia, etiam vivente praelato, vel beneficiario, ad debitum ab eo contractum solvendum, necesse est, ut creditor probet, id, quod dedit, in utilitatem ecclesiae conversum esse, ut dictum est *supra titul.* 13. *n.* 146. *et* 147.

47

Quaeritur 2. an successor teneatur solvere debita, ab antecessore praelato, aut beneficiario contracta, in propriam ipsius beneficiarii, vel praelati personam? *Certum satis* est apud DD. quod solvere illa successor debeat, si ab antecessore contracta sint pro necessaria, et decenti sustentatione personae suae, pro valetudinis reparatione, imo etiam pro ejus defuncti sepultura; cum enim ecclesia rectorem suum, vel praelatum teneatur alere, eique subministrare congrua vitae subsidia, debita, ob hunc finem contracta, pro necessitate ecclesiae contracta censebuntur, et idcirco a successore ex reditibus ecclesiasticis praelaturae, vel beneficii, in quo succedit, dissolvi debent.

48

Dubitari potest de reliquis debitis, quae antecessor contraxit ex mutuo pro splendore, aliisque vel inutilibus, vel saltem non necessariis rebus, et usibus? Videtur etiam hoc casu obligari successor ex *c. ad haec* 1. *h. tit.* ubi praelatus diserte aequiparatur filio: atqui filius, si defuncti patris haeres existat, ad ejus debita omnia, saltem secundum haereditatis vires, si inventarium confectum sit, solvenda obligatur per textum, et gloss *l. fin. C. de jur. deliber.* et ratio est, quia haeres in universum jus defuncti, et cons. non solum quoad commoda, sed etiam quoad obligationes, et onera eidem succedit; *l. haeres* 37. *ff. de acquir. haered. et l. haereditas* 62. *ff. de R. J.*

49

Sed tenenda est negativa, et dicendum, quod successor super hujusmodi debitis de jure conveniri non possit. Ita Covar. *l.* 2. *var.*

c. 15. *n.* 16. Gonz. *ad c. adhaec. cit. n.* 5. *et* 6. P. Engl *hic n.* 18. P. Konig *n.* 8. P. Reiffenstuel *n.* 16. *et* 17. magnif. P. Schmier *c.* 8. *de pact. et contract. n.* 13. et communis DD. et merito, ne alieno facto successor, vel ecclesia praegravetur.

50

Ad argumentum oppositum non est eadem successoris, quae haeredis, ratio. Disparitas est, quia haeres succedit defuncto ex voluntate defuncti, vel jure sanguinis, quo illum contingit, et repraesentat ejusdem personam, ac propterea haereditatis acceptatione ad debita personalia defuncti se obligat: non ita successor in dignitate; non enim proprie haeres est, sed improprie solum, quod in eadem sede, et ecclesia, atque in eodem officio subrogetur. Hinc sicut dignitatem non ex defuncti voluntate, sed ecclesiastici superioris institutione consequitur, ita nec personalibus antecessoris obligationibus afficitur.

51

Quaeritur 3. unde solvi debeant debita, relicta ab antecessore praelato, vel rectore ecclesiae, aut alio beneficiario? Resp. cum distinctione: vel enim defunctus reliquit tantum bona patrimonialia sine ecclesiasticis, vel ecclesiastica tantum sine patrimonialibus vel tam ecclesiastica, quam patrimonialia, vel denique nec patrimonialia, nec ecclesiastica.

Si primum, iterum distinguendum est an habuerit sufficientes reditus sibi ab ecclesia assignatos, vel non habuerit. *Si prius*, debita, ab ipso etiam propter necessitatem, v. g. infirmitatem contracta, ex patrimonialibus ejus bonis solvi debent; *arg. c. ex praesentium* 3. *de pignorib. Si posterius*, tunc vel scivit beneficium non habere sufficientes reditus, et tamen acceptavit, vel hoc nescivit. *Si scivit*, iterum ex patrimonialibus solvi debita illius relicta debent; quia censetur in tali casu voluisse ex patrimonio suo addere, quod ad congruam sustentationem ex reditibus ecclesiasticis non suffecerat. *Si ignoravit*, vel praeter opinionem, et ob causam accidentariam, v. g. ob fructuum unius, aut alterius anni sterilitatem, incursiones hostium etc. reditus non suffecere, tunc successor in beneficio obligandus erit, ut ex futuris reditibus beneficii debita a defuncto contracta solvat, dummodo tale onus sustinere possit, ut pluribus *cit.* advertit Pirh. *hic n.* 19.

52

Si secundum contingat, et defunctus reliquerit bona ecclesiastica sine patrimonialibus, ecclesia indulget clerico tanquam pauperi, ob honorem etiam status clericalis, ut omnia ejus debita solvantur ex reditibus ecclesiasticis; nam etiam vivens tali casu solvere illa

posset. Possuntque eo casu reditus ejus ecclesiastici in arresto poni, et creditori assignari, ut eos percipiat, donec debitum sit solutum, ut tradit Abb. *in c.* 2. *de fidejuss. n.* 3. *et* 12.

53

Si tertium fiat, et defunctus reliquit tam patrimonialia, quam ecclesiastica, quoad eam quantitatem, quam competens, et decens ejus sustentatio requirebat, solvenda sunt ejus debita ex reditibus ecclesiasticis; reliquum vero debitorum ex bonis patrimonialibus solvendum est, ac proinde ea pars redituum beneficialium, quae honestae, ac decenti sustentationi beneficiarii superest, reservari debet, ut ad pias causas applicetur; Pirh. *n.* 20.

54

Si denique quartum ponatur, et defunctus nec patrimonialia, nec ecclesiastica bona reliquit, expensas necessarias v. g. factas in infirmitate, vel funeris causa solvere debet ecclesia, aut successor in beneficio, modo iste onus hoc ferre possit; alioquin enim ad episcopum spectabit aliunde providere, et subsidium afferre: in ceteris, quae expensas necessasias, et utiles superant, damnum ferre debebit creditor, quippe qui nullo ex capite ecclesiam obligare potest ad ea solvenda.

§. V.

De solutione indebiti, et sic soluti repetitione.

SUMMARIUM

55

Quaeritur 1. quot modis aliquid indebitum esse possit? Resp. Sicut debitum, ita etiam indebitum variis modis dicitur, prout videre est apud Abb. *in c. fin. h. tit. n.* 8. potissimum autem tripliciter.

1. Enim indebitum esse aliquid potest naturaliter simul, et civiliter, quando videlicet solvitur, quod nec naturali, nec civili obligatione debetur; *l. si non sortem* 26. §. *indebitum* 3. *ff. de condict. indebit.* Porro solutio haec dupliciter fieri potest, scilicet vel a sciente se non debere, vel ab ignorante, et ignorantia haec potest esse vel facti tantum, qualis esset, si debitor ignorans suum procuratorem, aut oeconomum solvisse suo creditori, quod ille ipsi debebat, iterum idem eidem solvit, vel si haeres ignorans defunctum solvisse, denuo solvat debitum a defuncto contractum; vel potest esse ignorantia juris, ut si is, qui pecuniam mutuam accepit, aliquid solvat ultra sortem, existimans se ex contractu mutui de jure obligatum esse. Huc revocari potest debitum sub conditione propria, cujus scilicet eventus incertus est; nam ante eventum conditionis nec naturaliter, nec civiliter debetur.

56

2. Potest aliquid esse *indebitum naturaliter*, *et civiliter debitum*, ut siquis spe futurae numerationis chirographo suo fateatur sibi nu-

meratam esse pecuniam, quae non est numerata; nam is saltem post biennium ad solutionem ejus, quod litteris expressum est, obligatur; non quidem naturaliter, cum nihil acceperit, sed civiliter, sive ex litteris, seu jure civili; *vers. multum inst. de litterar. oblig.*

57

3. Denique potest aliquid esse *indebitum civiliter tantum, naturaliter tamen debitum*: ita indebitum est, quod pacto nudo promissum est; nam ex ejusmodi pacto nascitur quidem obligatio naturalis, non tamen civilis, spectato saltem jure civili, cum hoc jure pacta nuda non pariant actionem; *l. juris gentium* 7. §. *sed cum nulla* 4. *et ibi* gloss. *V. obligationem ff. de pact.*

Quaeritur 2. an is, qui solvit, quod nec naturaliter nec civiliter debitum erat, possit illud condicere, seu repetere? *Certum est* 1. non posse repetere, si solvit sciens se non debere. Patet ex *l. nunc videndum* 1. *in fin. l. si non sortem* 26. §. *indebitum* 3. *ff. de condict. indebit. et l. indebitum* 9. *C. eod.* Ratio est, quia si ex circumstantiis aliud non appareat, donasse videtur juxta *reg.* 53. *ff.* ibi, *cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est. Proceditque* hoc etiam casu, quo is ea mente solvit, ut repeteretur; neque enim sic solutum potest repetere, qui sciens esse indebitum solvit; *l. quod siquis* 50. *ff. de condict. indebit.*

58

Certum est 2. posse repeti, si, quod ita indebitum erat, solutum est mero errore facti, prout constat ex *l. nunc videndnm cit. et seqq. ff. de condict. indebit.* Ratio est, quia error, sive ignorantia facti in damnis, imo etiam in compendiis, seu lucris nemini nocet per regulam *l. error facti* 8. *ff. de jur. et fact. ignor.*

Dubium est, quando solutio indebiti facta est per errorem juris? Quo casu repeti solutum posse, negant Duaren. *h. tit. c.* 3. Perez *in cod. ibid. n.* 24. Zoes. *ff. hic n.* 14. et alii complures ob *l. si non* 6. *l. cum quis* 10. *C. de jur. et fact. ignor. l. si per ignorantiam* 6. *C. h. tit.*

59

Verius est, etiam hoc casu condictioni indebiti locum esse. Ita Abb. *in c. fin. h. tit. n.* 15. Gonz. *ibid. n.* 5. Molin. *tr.* 2. *J. et J. D.* 567. *n.* 1. Sichard. *in C. h. tit.* Vvesenbec. *in ff. n.* 9. Vinnius *l.* 1. *select. c.* 47. Vvidmont *de contract. tit.* 26. *n.* 33. Pirh. *hic. n.* 31. Vviest. *n.* 52. Ratio est, quia quando jura statuunt indebitum solutum posse repeti, nullam faciunt distinctionem inter errorem juris, et facti. 2. In damno vitando, et suum repetentibus etiam error juris obesse non solet; *l. error facti. cit.* et *l. juris ignorantia* 7. *ff. de jur. et fact. ignor.* 3. Quando id solvitur, quod nullo jure

debetur, illud, quo ita solutum est, sine causa penes accipientem est. Sed quod sine causa penes accipientem est, aequitas non patitur, ut penes eundem remaneat, ne is cum jactura alterius locupletetur; *l. nam hoc* 14. *ff. de condict. indeb.*

Ad argumentum contrarium legibus ibi *citt.* oppono alias, et ipsam aequitatem naturalem, juxta quam cum iniquum sit ejusmodi lucrum, lex positiva contra eam praevalere non potest. Ne vero in legibus antilogia admitti debeat, dicendum, praedictas leges solum loqui in casu speciali.

60

Quaeritur 3. an possit repetere, qui solvit, quod civiliter duntaxat erat indebitum, naturaliter debitum? Resp. negative: proceditque hoc, sive solutum sit errore juris, sive facti. Ita *l. citt.* Perez *n.* 8. Zoes. *n.* 7. Gonzal. *n.* 6. Vvidmont *n.* 46. *et* 47. Vviest *n.* 53. *Ratio est*, quia repetitio indebite soluti nititur solum aequitate naturali; *l. nam hoc* 14. *cit.* igitur cessat eo casu, quo obligationem inducit aequitas, et ratio naturalis. *Conf.* nam debitum, seu obligatio naturalis sufficiens est ad faciendam compensationem; *l. etiam quod natura* 6. *ff. de compensat.* igitur multo magis ad retentionem illius, quod acceptum est; *arg. l. ob negatium* 20. *ff. eod.* et patet etiam ex ratione: nam negata etiam compensatione, non hoc ipso denegatur retentio; *l. si necessarias* 8. §. *si pignori* 1. *ff. de pignorat. act.* igitur cum melior sit conditio possidentis, quam petentis, retinere solutum poterit, cui ita solutum est.

61

Quaeritur 4. an repetere solutum possit, qui solvit, quod jure naturali tantum indebitum erat, sed civiliter debitum? Resp. affirmative. Ita gloss. *in c. fin cit. V. indebitam h. tit.* Abb. *ibid. num.* 14. Pirh. *hic n.* 32. consequenter, siquis spe accipiendi pecuniam mutuam chirographum dedit, in quo eam reddere promisit, sed postea pecuniam non recepit, si solvit, quasi ex promissione chirographi ad id obligatus fuerit jure civili, repetere solutum potest, saltem intra biennium; quia intra illud tempus chirographum potest repetere, vel agentem per exceptionem non numeratae pecuniae repellere; *l. quodsi* 7. *C. de non num. pecun.* cum autem datur exceptio, etiam conceditur repetitio. Estque perinde, sive solverit per errorem facti, sive per errorem juris, quia, ut *supra n.* 59. dictum est, error juris non nocet, quando agitur de damno vitando, et non lucro captando.

62

Quaeritur 5. quousque se extendat jus repetendi indebitum? Resp. *extendi se* 1. ad eum, qui dubitans, an debitum sit, solvit; *l. fin. C. de condict. indebit.* quia *in re obscura melius est favere repetitioni, quam*

adventitio lucro, ut *reg. non debet* 41. *ff. de R. J.* sapienter pronuntiat Ulpianus.

2. Extendit se ad eum, qui solvit, quod promisit sub conditione incerta de futuro, aut in diem incertum; nam ante eventum conditionis, vel diem illum nondum debebatur, sed tantum spes erat debitum iri; *l. sub conditione* 16. *ff. de condict. indebit.*

3. Extendit se, etsi id, quod indebite solvisti, non amplius exstet; potes enim petere ejus aestimationem, quantum ex re alienata, vel consumpta factus est ditior is, qui a te accepit; *l. si non sortem* 26. §. *libertus* 12. *ff. h. tit.* usuras tamen, seu fructus rei civiles, aut mere industriales non potes repetere; *l. pecuniae* 1. *C. eod.*

63

4. Extendit se non solum ad quantitatem solutam, sed etiam ad factum praestitum v. g. si per errorem putasti te esse obligatum Petro ejus res custodire, vel negotium suscipere, potes aestimationem facti, seu costodiae, vel negotii utiliter gesti repetere per conditionem indebiti; *l. si non sortem*, *et* §. *libertus cit.*

5. Extendit se, siquis non tantum suo, sed etiam alieno nomine indebitum solvit, v. g. procurator pro domino, testamentarius pro haerede; *l. siquis* 2. *nec novum seq. ff. eod.* ubi domino permittitur repetio illius, quod procurator ejusdem solvit, si ille, scilicet dominus ratum non habuit.

64

Quaeritur 6. cuinam incumbat onus probandi, quod indebitum solutum sit? Resp. juxta *cap. fin. cit. et l. cum de indebito* 25. *ff. de probat.* res expedienda est distinctione inter triplicem casum. *Primus est*, quando reus, super indebito conventus, pecuniam quidem acceptam ab initio fatetur, eam autem indebitam fuisse negat. *Secundus*, quando super indebito conventus, negat pecuniam sibi numeratam, deinde convictus, quod solutio ipsi facta sit, dicit, eam sibi fuisse debitam. *Tertius*, quando, qui de indebito soluto conqueruntur, et illud repetunt, sunt pupillus, mulier miles, et similes.

65

In primo casu onus probandi incumbit actori; quia praesumptio est pro reo, qui pecunias accepit, cum, ut *l. cum de indebito cit.* dicitur, *nemo ita resupinus sit*, *ut facile suas pecunias jectas*, *et indebitas effundat. In secondo casu* solutionem sibi fuisse debitam demonstrare debet, qui istud asserit; *c. fin. et l. cum de indebito cit.* quia inficiatione illa, et mendacio ipsius existimatio gravatur, ut in alio ei non credatur. *In tertio casu* onus probandi in reum conventum, et solutionem confessum transfertur; *l. cum de indebito cit.* §. *si autem*, 1. quia dictae personae ob simplicitatem, et ju-

ris imperitiam onere probandi sublevantur. *Excipitur*, nisi pupillus, minor etc. contendant soluti partem tantum fuisse indebitam; hoc enim casu probare debent, quod debito plus persolverint; *l. cit.* §. *sed haec* 2.

66

Quaeritur 7. quibus casibus repetitio indebiti non concedatur? Resp. 1. quando solutum fuit a sciente se non debere, ut dictum est *n.* 57. debet autem eo casu etiam creditor scire, non tanquam debitum, sed tanquam donatum sibi concedi; alias ex defectu acceptationis non tenebit donatio, potestque revocari, ut colligitur ex *l. si ego* 18. *ff. de de reb. credit.* 2. Quando solutum fuit ex causa pietatis, ex qua putabatur debitum, cum non deberetur. Ita in favorem causae piae statuitur *l. cum is* 32. §. *mulier* 2. *ff. h. tit.* Ratio est, quia praesumitur velle donare ex pietate, casu, quo forte non teneretur solvere. 3. Quando transactum fuit sine dolo litis causa; *l. in summa* 65. §. *et quidem* 1. *ff. eod.* 4. Quando ex causa jurisjurandi solutum est; non enim eo casu conceditur repetitio, etsi postea constet, nullam obligationem fuisse. Sed hoc tantum procedit, si puto me debere, et juro me velle solvere, sive debeam, sive non debeam; secus, si solum juro, quia puto me debere. 5. Quando solutum est vi sententiae, quae transiit in rem judicatam; *l. pecuniae* 1. *C. h. tit.* quod verum est, etsi novis vel instrumentis, vel testibus productis probari postea posset indebitum fuisse solutum; *l. imperatores* 35. *ff. de re judic.*

67

Sed huic ultimo quintuplex addenda exceptio est. 1. Si causa sit publica, qualis est fisci, camerae regiae, vel civitatis; haec enim, si nova instrumenta reperiantur, restituitur in integrum. 2. Si sententia sit lata ex falsis testibus, vel instrumentis; nam ista in rem judicatam non transit. 3. Si probes, illum, in cujus favorem lata est, dolum commisisse. 4. Si per te non stetit, quo minus tempore sententiae instrumenta produceres, et probares immunitatem a debito. 5. Si sententia lata fuit juramento delato ob defectum probationum creditori, et postmodum reperiantur instrumenta, quibus probetur nil te debuisse.

68

Quaeritur 8. utrum condictio indebiti competat etiam ei, qui eidem renuntiavit? Resp. affirmative: ita communis cum Bartolo. *Ratio est*, quia talis renuntiatio procedit ex errore, quo renuntians credit, se debere reipsa, quod solvit; non enim praesumi potest soluturum, et condictioni indebiti renuntiaturum, si scivisset esse indebitum. *Proceditque hoc*, etsi renuntiationem ejusmodi confirma-

ret juramento; nam sicut renuntiatio male supponit vere deberi, ac propterea nulla est, ita idem etiam supponit juramentum. Si tamen ita solvens renuntiaret privilegio huic etiam pro casu, quo comperiat indebitum se solvisse, tenebit renuntiatio; quia eo casu error cessat, et succedit donatio.

§. VI.

De effectibus solutionis.

SUMMARIUM

69 *Solutio dominium rei solutae transfert in creditorem.*
70 *Tollit obligationem tam principalem debitoris, quam accessorias.*
71 *Modus, quo possit securum se facere debitor post solutionem factam, ne denuo cogatur solvere.*
72 73 *In quale debitum computetur solutio, si is, qui ex pluribus causis obligabatur solvere, aliquam summam, non exprimens, quod debitum voluerit solvere?*

69

Quaeritur 1. quinam sit effectus solutionis? Resp. Effectus solutionis est maxime triplex, unus ex parte creditoris, alius ex parte debitoris, tertius ex parte rei solutae.

Primus est, quod dominium rei solutae transeat ad creditorem, et quidem irrevocabiliter; *l. successores* 10. *C. h. tit.* modo solvens dominus ejusdem fuerit; alias in creditorem tantum transferetur conditio usucapiendi rem in solutum acceptam; *l. pro soluto* 46. *ff. de usurpat. et usucap.*

70

Secundus est, quod per solutionem debitor ipso jure liberetur a debito, et cons. tollantur obligationes omnes eidem accessoriae tum rerum, tum personarum, ut sunt fidejussiones, pignora, hypothecae; *pr. inst. quot. mod. toll. oblig. l. in omnibus* 43. *l. Stichum* 95. §. *naturalis* 4. *ff. h. tit.* Ratio est, quia sic obligatio accessoria ab initio non constituitur, ubi nulla est obligatio principalis, ita ista sublata, etiam illa concidit juxta *reg. cum principalis* 178. *ff. de R. J.*

Tertius est denique, quod res soluta praesumatur fuisse debita, ita, ut regulariter onus probandi indebitam fuisse incumbat solventi, ut dictum est *n.* 65. ubi etiam exceptiones ponuntur.

71

Quaeritur 2. quid debitor facere post solutionem debeat pro securitate sua, quod solverit? Resp. Vel chirographum aliquod creditori dedit, quando contraxit debitum, vel nullum datum est. *Si primum*, per *conditionem sine causa* illud potest repetere; *l. fin. C. h. tit.* vel etiam ad exhibendum agere; *l. fin. C. ad exhibend. Si secundum*, aut quod datum, amissum est, potest a creditore petere apocham, vulgo *quietantiam*, qua contineatur confessio soluti debiti; *l. pecunia* 14. *C. h. tit.* Brunnem. *ibid. a n.* 1. Gaill. *l.* 2. *obs.* 37. Lauterbach. *ad l. cit.* §. 31. Eckold *ad ff. h. tit.* §. 9. Konig *hic n.* 32. magnif. P. Schmier. *c.* 8. *de pact. et contract. n.* 75.

72

Quaeritur 3. in quale debitum solutio imputetur, si is, qui ex pluribus causis obligatus erat alicui solvere, aliquam summam eidem solvit, nihil exprimens, quam causam, seu debitum velit dissolvere? Resp. cum distinctione: vel enim utrumque debitum est aeque principale, vel unum principale, alterum accessorium eidem, ut est debitum ex mutuo, et usura.

73

Si primum, debito semper censetur duriorem causam, et obligationem voluisse dissolvere, per quam scilicet plus gravatur: cons. siquid debeat sub hypotheca, vel sub poena, aut usuris, aliud sine istis, censetur illud voluisse dissolvere prae isto; *l. quoties* 1. *l. ceterum* 3. *cum duab. seq. l. cum ex pluribus* 97. *et* 103. *ff. l. in potestate* 1. *C. h. t.* Zoes. *ad ff. hic n.* 33. Lauterbach. §. 34. *et seq.* Stryck. §. 20. Fleck *biblioth. jur. l.* 3. *tit.* 58. *n.* 24. *et seq.* P. Schmier *l. cit. n.* 79. et ratio est, quia quisque praesumitur facere, quod sibi utilius est.

Si secundum, et summa soluta non sufficiat pro extinguendo utroque debito, prius censeri debet extincta obligatio accessoria principali inhaerens: cons. si Titius 1000. debeat ex mutuo, et 500. ex usuris per 10. annos nunquam solutis: postea vero quingentos offerat, censeri debet solvere usuras, non capitale; quia tali casu non in debitoris, sed creditoris potestate est, in quam summam velit imputare, cum creditor juste possit petere, ut prius solvantur usurae, quam capitale: et hinc eo casu non censetur id actum, quod debitori, sed quod creditori utilius est; *l. in his* 5. §. *apud Marcellum* 3. *ff. et l. in potestate* 1. *C. h. tit.* Carpzov. *p.* 2. *const.* 29. *defin.* 17.

TITULUS XXIV.

De donationibus.

Contractibus, et solutioni obligationis, quae ex contractu nascitur, donatio additur, quae etsi non contractus proprie dictus, sed pactum legitimum duntaxat sit, saepe tamen per stipulationem, vel alium contractum perficitur.

§. I.

De donationis natura, et requisitis.

SUMMARIUM

1 *Definitio donationis.*
2 *Requisita.*
3 *Regulariter non praesumitur.*
4 5 *Casus, in quibus praesumitur.*
6 *Promissio, et donatio non acceptata nullam pariunt obligationem.*
7 *Hinc a donante pro libitu revocari potest.*
8 *Neque ad haeredes transit.*
9 *Excipitur donatio facta ecclesiae, vel alteri piae causae.*
10 *Limitatio.*
11 *Qualis debeat esse acceptatio donationis?*
12 *Quomodo differat donatio a promissione, pollicitatione, et stipulatione?*

1

Quaeritur 1. quid sit *donatio*? Resp. *Donatio* nomen accepit a *dono*, et idem sonat, quasi *doni datio*, ut advertit Paulus *l. senatus* 35. §. *donatio* 1. *ff. de mort. caus. donat.* Communiter definitur, quod sit *liberalitas, quae nullo jure cogente exercetur*, prout colligitur ex *l. donationes* 1. *et l. donari* 29. *pr. ff. h. tit.* sive ut Host. *in summ. h. tit.* Abb. *ibidem*, et alii describunt, *est rei licitae* (i. e. non prohibitae donari) *nullo jure cogente, ex mera liberalitate facta collatio*, *seu datio*. Brevius Pal. *D.* 2. *de just. commut. p.* 1. *n.* 7. eam sic definit: *Est liberalis propriorum bonorum alteri facta concessio.*

2

Ad ejus essentiam requiritur 1. ut res donata non fuerit aliunde debita, saltem de jure, sive ex justitia. 2. Ut donans habuerit potestatem donandi, seu alienandi rem suam. 3. Ut voluerit dona-

re, seu dominium ejus irrevocabiliter transferre in donatarium. 4. Ut voluntatem istam signo aliquo externo manifestarit donatario; alias procedet regula: *Cogitatum in mente retentum nihil operatur*. 5. Ut donatio acceptata fuerit a donatario.

3

Quaeritur 2. quomodo animum suum donator explicare debeat? Resp. Sufficit, ut eam quocumque modo declaret, etiam per epistolam; *l. nec ambigi* 6. *et l. si aliquid* 13. *C. h. tit.* modo signum illud sit omnino indubium; nam donatio regulariter non praesumitur, quoties alia interpretatio, vel conjectura fieri potest; *l. cum de indebito* 25. *pr. vers. sin vero ff. de probat.*

4

Dixi *regulariter*; nam plures sunt casus, in quibus donationem jura praesumunt. Talis est 1. si vir nobilis, seu illustris, et dives aliquid det, modo summa, vel res data non sit magna; gloss. *l.* 32. *§. fin. ff. de legat.* 3. Menoch. *de arbitr. judic. c.* 88. *n.* 39. *et* 52. Pirh. *hic n.* 31. Konig *n.* 19. et colligitur ex *c. prudentes* 1. *h. t.*

2. Si inter dantem, et recipientem arctum sanguinis, et amicitiae vinculum intercedat per *l. vir uxori* 29. *ff. de donat. int. vir. et uxor.* modo summa quantitatem jure taxatam non excedat.

3. Quando bene merita praecesserunt; quod enim postea datur, censetur donatum in remunerationem praecedentium meritorum; Menoch. *l. cit. n.* 53.

5

4. Si venditor, nulla necessitate, vel dolo inductus, rem magni valoris minimo pretio vendat, cum bene nosset justum pretium; nam quod deest de justo pretio, et non accepit, donasse praesumitur; Menoch. *l. cit. n. ult.*

5. Si creditor reddat chirographum debitori; videtur enim inter eos conventum, ne debitum petatur; *l. Labeo* 2. *§. et ideo* 1. *ff. de pact.* Proceditque hoc, etiamsi plures tabulae ejusdem debiti fuerint scriptae, nec omnes redditae, ut notat Konig *hic n.* 19. *cit.*

6. Siquis sciens indebitum solvat, prout dictum est *tit. praec. n.* 57. Videatur Menoch. *l. cit.*

6

Quaeritur 3. an promissio, vel donatio, antequam acceptetur a promissario, vel donatario, obligationem pariat in promittente, vel donante? Resp. negative; quia leges propter bonum publicum irritarunt omnem obligationem, ita, ut nec naturalis, nec civilis ex promissione, vel donatione nondum acceptata surgat, ut patet ex *l. absenti* 10. *ff. h. tit. et l. contractus* 16. *C. de fid. instrum.* Proce-

ditque hoc juxta communem apud Sanch. *l.* 1. *de matrim. D.* 6. *a n.* 22. etiam de jure canonico; quia in hoc nullibi reperiuntur quoad istud requisitum correctae leges civiles. *Neque obstat* quod possit aliquis sola sua voluntate amittere dominium, vel possessionem rei; nam esto, hoc ita sit, non tamen potest quis sola sua voluntate facere, ut res sua ad alium pertineat; alias te invito facere possem, ut esses dominus omnium mearum rerum: quod falsum est; quia non possumus inviti, et repugnantes aliquid acquirere.

7

Ex quo sequitur 1. posse donatorem donationem suam, antequam illa a donatario acceptetur, non tantum moderari, verum etiam pro libero arbitrio suo revocare, idque quolibet modo, quo contraria voluntatis intentio demonstratur, ut communiter DD. cum Palao *de just. commut. D.* 2. *p.* 2. *n.* 2. et ratio est, quia ita mutando, vel revocando donationem nec fidem violat, nec jus aliquod donatarii laedit; cum nec ipse obligationem contraxerit, nec iste jus adhuc acquisiverit. Proceditque hoc, etsi donatio juramento sit confirmata, quia juramentum sequitur naturam actus principalis, ac proinde et ipsum habet imbibitam hanc conditionem: *si donatarius donationem acceptet.*

8

Sequitur 2. si donans donatarium certiorem faciat de donatione a se facta, hic vero ante acceptationem litterarum moriatur, donatarium donatae rei non fieri dominum, nec donationem post mortem donatoris amplius acceptare posse, nisi ea mente servo ejus res data fuerit, ut statim domini fiat; *l. si cum* 2. §. *sed si* 6. *l. absenti* 10. *ff. h. tit.* Carpz. *l.* 5. *resp.* 62.

Sequitur 3. similiter, si donatarius moriatur, nondum acceptata donatione, rem donatam ad haeredes ejusdem non transmitti; videtur enim acceptatio in arbitrium ipsius collata, non haeredum; aliud namque est velle dare jus ad haeredes transiturum, aliud velle dare haeredibus; Engl. *de pact.* §. 1. *n.* 6.

9

Quaeritur 4. an, ut valeat donatio facta ecclesiae, vel ad aliam piam causam, requiratur acceptatio administratoris ecclesiae, vel causae piae? Affirmat Trentacinq. *l.* 3. *de donat. res.* 1. *n.* 1. *arg. l. absenti* 10. *ff. h. tit.* quae generaliter loquitur.

Verius negant Tiraquell. *de privil. caus. piae privil.* 115. Carpz. *l.* 5. *resp.* 62. *n.* 16. Strych. *de cautel. contract. sect.* 3. *c.* 9. *n.* 2. Konig *hic n.* 21. Ratio est, quia cum ejusmodi promissiones, et donationes Deo fiant, saltem regulariter, vim voti habent, quod si de meliori bono sit, statim a Deo acceptatur, ut proinde accepta-

tione administratoris ecclesiae opus non habeat, ut donator obligetur ad dandum id, quod donavit, vel promisit, saltem ex obligatione religionis: *ex obligatione religionis*, inquam; nam jus causa pia per ejusmodi promissionem, antequam ab administratore ejusdem acceptetur, nullum acquirit: et propterea votum tale, priusquam acceptetur, commutari, vel dispensari ab episcopo potest.

10

Addidi *regulariter*; nam si verba donantis, et intentio ipsius directe feratur ex. gr. in ipsos pauperes, quibus res danda est, rationem voti non habet, et propterea ante acceptationem non obligat talis donatio. In dubio tamen, cum aliquid donatum, vel promissum est piae causae, praesumitur animus vovendi; quia ejusmodi promissiones in absentia promissarii communiter concipi solent in ordine ad Deum.

11

Quaeritur 5. qualis debeat esse acceptatio donationis? Resp. Ut valida sit donationis acceptatio, requiritur 1. ut promissio, vel donatio non revocetur ante acceptationem; si enim revocetur, nihil proderit acceptatio; *arg. l. si vero* 12. §. *si mandavero* 16. *ff. mandat.*

2. Ut, si illa absenti fiat, per nuntium, vel epistolam a promittente, vel donante missam, intimetur donatario, vel promissario, ut colligitur ex *l. absenti* 10. *ff. h. tit.* et hinc si aliquis tertius, qui casu audivit, id referat donatario, et is donationem acceptet, acceptatio erit invalida.

3. Ut promissarius promissionem, donatarius donationem acceptet coram nuntio, quem ipsi misit promittens, vel donans; nec enim sufficit, si tantum acceptet coram aliis.

4. Ut sicut vult Sanchez, et alii multi apud Less. *l.* 2. *de just. c.* 28. *n.* 43. acceptatio facta donatori, vel promittenti innotescat per nuntium, vel epistolam. Sed melius hoc alii negant; quia cum per acceptationem promissarius se non obliget promittenti, non est ratio, cur ea huic intimari debeat. Videatur Lugo *D.* 23. ubi plura de acceptatione promissionis, vel donationis.

12

Quaeritur 6. quomodo differat donatio a promissione, pollicitatione, stipulatione? Resp. 1. a *promissione* differt; quia haec est datio fidei libera, et spontanea de re licita, et hinc inducit solum obligationem ad dandum, et licet det jus ad rem promissam, non vero dat jus in re: donatio vero transfert dominium rei donatae in donatarium; neque enim perficitur, nisi traditione reali, vel aequi-

valente, sufficiente ad transferendum dominium, cum sine hac adhuc imperfecta sit, et incompleta.

2. Differt a *pollicitatione*; quia haec est nuda promissio absque acceptatione promissarii; *l. si pollicitus* 1. *et seqq. ff. de pollicit. et l. nuda* 4. *ff. de contrah. et committ. stipul.* Donatio vero, ut *n.* 6. dictum est, requirit acceptationem, quod ipsi cum promissione commune est, et insuper etiam traditionem ad hoc, ut sit perfecta, ut modo insinuatum.

3. Differt a *stipulatione*; quia haec est promissio sub certa verborum forma, nimirum praecedente creditoris interrogatione, et subsequente responsione debitoris obligationem acceptantis; *l. stipulatio* 1. *ff. de V. O.* Donatio vero, uti et promissio simplex certam verborum formulam non requirit.

§. II.

De varietate donationum, et praecipue de donatione inter vivos, et mortis causa.

SUMMARIUM

13 *Dividitur donatio primo in perfectam, et imperfectam.*
14 *Secundo in puram, et non puram.*
15 *Tertio in gratuitam, et remuneratoriam.*
16 *Requisita, ut censeatur esse remuneratoria.*
17 *In odiosis haec sub nomine donationis non venit.*
18 *Quarto in donationem inter vivos, et mortis causa.*
19 *Quando censeatur esse mortis causa donatio?*
20 21 22 *Quid judicandum in dubio?*
23 *Quid censendum, cum mentioni mortis additur irrevocabilitas?*

Quadruplex maxime apud DD. invenitur donationum divisio: 1. in perfectam, seu realem, et in imperfectam, seu verbalem: 2. in puram, et non puram: 3. in gratuitam, et remuneratoriam: 4. et praecipue in eam, quae fit inter vivos, et eam, quae mortis causa.

13

Quaeritur 1. quid sit donatio perfecta, et imperfecta? Resp. *Perfecta est*, qua donans rem alteri et actu donat, et simul in effectu tradit; *imperfecta*, cum quis per verba de praesenti actu qui-

dem alteri rem donat, sed nondum tradit, quia forte ad manum eam non habet, vel quia adhuc eadem indiget. Prior propriissime donatio dicitur, et definiri potest, quod sit liberalis doni datio: posterior quoad effectum non differt a promissione gratuita, multum tamen distinguitur ab illa quoad modum tendendi ipsius actus; promissio enim pro objecto habet obligationem futurae translationis dominii in alium: donatio vero ex vi modi sui tendendi est actualis abdicatio proprii dominii, et ejusdem in alium translatio, complenda per traditionem futuram, et incompleta per praesentem.

14

Quaeritur 2. quid sit donatio pura, et non pura? Resp. *Pura donatio* est, in qua nulla limitatio ponitur, atque ideo res donata statim debetur, intellige, moraliter, non physice; non enim continuo venire creditor debet cum sacco ad rem sibi donatam statim recipiendam, ut monet JCtus, *l. quod dicimus* 105. *ff. de solution.* sed arbitrandum est tempus judicio prudentis ex circumstantiis. *Donatio non pura* alia est *conditionalis*, ut *dono tibi hoc*, *si vere indiges*; alia *in diem*: et haec vel *in diem certum*, v. g. ad calendas proximas januarias; vel *in diem incertum*, v. g. cum navis ex India venerit.

15

Quaeritur 3. quid sit donatio mere gratuita, et remuneratoria? Resp. *Gratuita* est, quae fit ex mera liberalitate donantis, et propter nullam aliam causam, quam ut munificentiam suam exerceat. *Remuneratoria*, quae fit ex debito gratitudinis, et ob merita donatarii. Haec non est proprie dicta donatio; quia ista, ut colligitur ex *l. donationes* 1. *pr. et l. Aquilius* 27. *ff. h. tit.* pro causa solam liberalitatem habet, quod non fit in donatione remuneratoria. Potest tamen et ipsa dici donatio; quia ut nomen hoc donatio aliqua mereatur, sufficit, si res donata non sit debita ex jure, seu justitia.

16

Ut donatio aliqua remuneratoria censeatur 1. debet fieri ob merita vel donatarii, vel ejus, cujus intuitu donatur alteri; non enim requiritur, ut illi ipsi dones, qui de re bene est meritus, sed sufficit, si intuitu illius dones alteri, v. g. filio intuitu patris: 2. donator debet exprimere se ob merita donare; quia etiam bene meritis potest donari liberaliter. Quodsi tamen merita praecesserunt, et contrarium non exprimatur, in foro externo praesumitur esse donatio non gratuita, sed remuneratoria et antidoralis, ut notat Menoch. *l.* 2. *de arbitr. c.* 88. *n.* 53. et alii. 3. debet probari, quod merita praecesserint; alias in foro externo pro remuneratoria non habebitur etsi donans expresserit, se donare ob merita; Menoch. *c.* 134.

Qualia autem merita esse debeant, juxta eundem Menoch. *c.* 132. et alios relinquendum est arbitrio judicis, qui ut judicium de hoc ferre possit, in considerationem adducet conditionem donatoris, donatarii, et causam, ob quam fit donatio.

17

Dubium est, an prohibitiones, quibus certae personae prohibentur donare, intelligendae sint etiam de donationibus remuneratoriis? Affirmat cum non paucis Gonz. *in c.* 3. *h. t. n.* 9. Negat Sanc. *l.* 6. *de matrim. D.* 6. cum communi DD. Et videtur sententia haec praeferenda priori; quia in odiosis termini, et verba in sensu stricto, et proprio accipienda sunt; donatio autem remuneratoria, ut dictum est, non est proprie dicta donatio; qui enim bene de se merito donat, non tam videtur donare, quam solvere.

18

Quaeritur 4. quid sit donatio inter vivos, et mortis causa? Resp. *Donatio inter vivos* est, qua quis res suas, aut bona aliqua confert alteri irrevocabiliter, et sine ulla mortis cogitatione, vel mentione. *Donatio mortis causa* autem, quae aliquis mortis imminentis metu, vel saltem ejus aliquando futurae intuitu res, seu bona sua in alium confert eo animo, ut morte, secuta, ejus fiant; §. *mortis causa* 1. *inst. h. t.*

Concipi autem mortis causa donatio potest dupliciter 1. cum quis nullo praesentis periculi metu perterritus, sed sola cogitatione mortalitatis, sive mortis aliquando absolute futurae donat in tempus, quo mortuus fuerit. Haec donatio non exspirat, nisi donatarius ante donantem moriatur, vel donatio a donante revocetur; Laym. *l.* 3. *tr.* 4. *c.* 42. *n.* 4.

19

2. Quando quis mortis imminentis periculo motus e. g. quia periculosam navigationem suscepturus, aut bellum initurus est, donat: quod iterum dupliciter fieri potest. 1. enim donare potest ita, ut res statim fiat accipientis, ea conditione tamen, ut si mors non sequatur, donator rem sic donatam velit ad se reverti, sibique restitui.

Hanc donationem ergo donator, morte non secuta, revocare potest, et rem donatam repetere; glos. *in l.* 2. *V. accipientis ff. de mort. causa donat.* 2. Potest donare ita, ut eam donans non statim velit esse accipientis, sed tum demum, si mors secuta fuerit. Haec statim quidem tenet, si tamen periculum tale cessat, et mors non fuerit secuta, ipso jure exspirat, sine ulla alia revocatione; quia tacite revocata censetur; glos. *fin. in l.* 3. *ff. de mort. caus. donat.*

20

Quaeritur 5. qualis censeri debeat esse donatio, quando dubium est, an sit donatio inter vivos, an mortis causa? *Ratio dubitandi* in speciem minime levis est; quia donatio rerum suarum quaedam jactatio est, adeoque est stricti juris, ita, ut in dubio nemo praesumatur donare, quoties alia interpretatio, vel conjectura fieri potest, ut ex *l. cum de indebito* 25. *ff. de probat.* dictum est *n.* 3. atqui magis jactantur res per donationem inter vivos, quam eam, quae fit mortis causa, cum ista sit revocationi obnoxia, non vero illa: ergo in dubio potius censeri debet donatio mortis causa, quam donatio inter vivos.

21

Sed hoc non obstante, dicendum, in dubio praesumendum, quod sit donatio inter vivos. Ita communis cum Bartolo *in l.* 11. *ff. de dot. praeleg.* et habetur clare *l. Seja* 42. §. *cum pater* 1. *ff. de mor. caus. donat*: ubi juxta responsum Papiniani, si infirmus, et in articulo mortis constitutus absolute, et citra mortis mentionem donet, *non tam mortis causa*, *quam moriens donasse* censendus est. *Ratio est*, quia in dubio praesumenda est talis donatio, quae verbo donationis proprie accepto significatur, juxta regulam generalem, qua in dubio pro verborum proprietate praesumitur, donec aliud fuerit demonstratum; *l. non aliter* 96. *pr. ff. de leg.* 3. atqui verbo *donationis* proprie accepto significatur donatio inter vivos, et simplex, non mortis, aut alia causa facta: ergo etc.

22

Ad rationem dubitandi absolute, et absque mortis mentione donans, satis declarat, quod mere liberaliter donet, hoc ipso, quod sine addita causa donet: sed neque perdere intelligitur id, quod donat, nisi personis indignis donet. Hinc qui contendit se mortis causa donasse, probare hoc debet; probabit autem ex circumstantiis, praecipue donantis, qualis esset, si is, qui donavit inter vivos, et mere liberaliter donandi facultate careat: tunc enim censebitur esse mortis causa donatio; quia actus semper ita explicari debent magis, ut valeant quam ut pereant.

23

Quaeritur 6. qualis sit donatio, in qua quidem mortis fit mentio, ita tamen fit, atque ea mente, ut ab eo, qui donat, revocari non valeat? Videtur esse donatio mortis causa, ut colligitur ex *l. si alienam* 13. *fin.* §. *de mort. caus. donat. ibi*, *sic quoque potest donari mortis causa*, *ut nullo casu fit ejus repetitio*, *i. e. nec si convaluerit quidem donator.*

Sed respondendum, esse donationem inter vivos. Ita cum communi Fachin. *l.* 5. *contr. c.* 23. Stryck *de cautel. contrac. sect.* 3. *c.* 9. §. 9. mag. P. Schm. *c.* 7. *de pact. et contr. n.* 149. et desumitur ex *l. ubi ita* 27. *ff. de mort. caus. donat.* ubi Marcianus , *ubi ita*, inquit, *donatur mortis causa*, *ut nullo casu revocetur* , *causa donandi magis est*, *quam mortis causa donatio : et ideo perinde haberi debet*, *atque alia quevis inter vivos donatio* , *ideoque inter viros*, *et uxores non valet*; *et ideo nec falcidia locum habet*, *quasi in mortis causa donatione.* Ratio est, quia irrevocabilitas est differentia essentialis donationis inter vivos a donatione mortis causa, ita, ut omnis donatio, quae irrevocabilis est, sit donatio inter vivos.

Ad rationem dubitandi, textu *l. si alienam cit.* ut cum explicat Fach. *l. cit.* et Brun. *in l. ubi ita cit. n.* 2. aliud nihil asseritur , quam quod mortis causa donationi adjici possit pactum, ne ullo casu revocetur, an vero ex ejusmodi adjectione donatio alteretur , et donatio inter vivos esse incipiat, intactum relinquitur, quamvis hoc dubium postea decidatur *l. ubi ita cit.*

§. III.

De iis, qui donare possunt, vel non possunt.

SUMMARIUM

24 *Quis donare possit mortis causa?*
25 26 27 *Quis inter vivos?*
28 29 *Quas donationes facere possit filiusfamilias sine consensu patris, et minor sine authoritate curatoris?*
30 *Quibus casibus subsistat donatio patris facta filio?*
31 *Quales donationes possint facere clerici?*
32 33 *Religiosi?*
34 35 36 37 38 *Praelati ecclesiae tum regulares, tum sæculares?*
39 40 41 42 *An valeat donatio omnium bonorum, tam praesentium quam futurorum.*

24

Quaeritur 1. quis donare possit? Resp. distinguendum inter mortis causa donationem, et donationem inter vivos. *Mortis causa* donare potest, qui testare; *l. Marcellus* 15. *ff. de mort. caus. donat. l. cum hic* 32. §. *similes* 8. *ff. de donat. inter vir. et uxor.* Haec tamen regula solum procedit affirmative, non autem negative; nam filiusfamilias, qui non potest facere testamentum, nec voluntate patris, tamen mortis causa donare, patre permittente, potest, ut *l. tam is* 25. §. *filiusf.* 1. *ff.* notat Marcianus.

25

In donatione inter vivos distingui debet, an donatio fiat ex bonis propriis ipsius donatoris, an ex alienis, quae a donatore administrantur. *Ex bonis propriis* quivis donare potest, qui eorum liberam administrationem habet, et a jure donare non prohibetur: ut ex alienis, quae administrat, donare quis possit, opus habet speciali mandato; quia sub generali mandato potestas donandi non continetur; *l. filiusf.* 7. *ff. h. t.* Ex quo

26

Sequitur 1. quod donare non possint ii, qui rerum suarum administrationem non habent, quales sunt pupilli, minores, prodigi, quibus bonorum administratio est interdicta.

2. Ii, qui rerum suarum administrationem quidem habent, sed donationes facere a jure prohibentur. Et ex hac causa 1. donare non potest pater filio, quem in potestate sua habet; *l. cum de bonis* 11. *C. hoc tit. et l. si pater* 2. *C. de inoffic. donat.* Ratio est, quia

quamdiu filius est sub potestate patris, censetur facere unam personam civilem cum patre, et sic pater sibi ipsi donaret: 2. non potest donare uxor marito, et maritus uxori; *l. moribus* 1. *et l. haec ratio* 3. *ff. de donat. int. vir. et uxor.* ne scilicet, ut ibi dicitur, vel nimius amor alterutrum ad paupertatem redigat, vel certe difficultas donandi, et denegatio rei ab altero desideratae inimicitiarum, et litium causam praebeat: 3. denique donare non potest miles suae focariae, sive concubinae; quamvis enim alias etiam inhonestae donationes valeant, et tam bene meretrici, quam alteri donari possit, *milites tamen meos*, inquit *l. si ancillam* 2. *C. de donat. inter vir. et uxor.* imperator, *a focariis suis hac ratione, fictisque adulationibus spoliari nolo.* Quod ipsum ad clericos extendit *rota decis.* 46. *n.* 6. Covar. *reg. peccatum part.* 2. §. 2. *n.* 2. Konig *hic num.* 10.

27

3. Donare non possunt ex alienis rebus, qui illarum administrationem etiam generalem habent, nisi vel jus hoc ipsis permittat, vel speciali mandato instructi sint. Tales sunt tutores pupillorum, et curatores minorum, vel prodigorum; *l. tutor* 22. *l. Lucius Titius* 46. §. *ult. ff. l. non omni* 16. *C. de admin. et peric. tutor.* administratores civitatum, et rerump. praelati etc. de quibus *num. seqq.*

His tamen fere omnibus non omnes, nec in quacumque quantitate, vel causa factae donationes vetantur: et hinc ulterius.

28

Quaeritur 2. quas donationes possit facere filiusfamilias sine consensu patris, minor sine authoritate curatoris? Resp. 1. filiusfamilias donare, patris consensu non requisito, potest de peculio suo castrensi, vel quasi castrensi; quia hujus liberrimam administrationem habet: 2. potest minor donationes facere in rebus communibus juxta status sui conditionem, sicut alii ejusdem conditionis facere solent; quia, ut cum Lessio, et aliis notat Lugo *D.* 23. *num.* 143. ad sic donandum minores habent tacitum consensum curatoris: 3. tam minor, quam filiusfam. si pubertatem attigerint, absque consensu curatoris, vel patris donare possunt mortis causa; minor quidem de omnibus suis bonis, filiusfam. vero de iis, quorum administratio, et ususfructus ipsi competit independenter a patris consensu. Ita quoad filiumfamilias contra communem satis probabiliter Fachin. *lib.* 5. *contr. c.* 25. *et alii.* Quoad minorem vero idem Fachin. *l. cit. cap.* 61. cum Baldo, et aliis. Sumitur ex *l. filiusfam.* 7. §. *haec omnia* 6. *ff. hoc tit. et l. cum hic status* 32. §. *similes* 8. *ff. de donat. int. vir. et uxor.* ubi dicitur *mortis causa donare posse, cui testari permissum est*; est autem puberi minori permissum testari absque authoritate curatoris: ergo etc. *conf. ex ratione*: quia

per talem donationem non infertur praejudicium, vel minori, vel patri.

29

Dubium est, an donationes a minore sine curatoris authoritate extra hos casus factae, teneant, et donatarius sic acceptum salva conscientia retinere possit? Respondendum hic est secundum diversas sententias; nam qui dicunt ejusmodi donationes naturaliter saltem esse validas, cons. respondere debent, quod donatarius sic acceptum retinere possit, donec repetatur a curatore, vel ipso minore: quod negare debent, qui contractus minoris, sine authoritate curatoris initos, putant esse etiam naturaliter nullos. Quid absolute dicendum sit, ad alium locum examinare spectat.

30

Quaeritur 3. quibus casibus subsistat donatio patris facta filio? Resp. 1. si pater filio pecuniam, arma, vel alia mobilia donet eunti ad bellum, aut si libros professuro aliquam disciplinam: 2. si faciat donationem remuneratoriam secundum dicta *num.* 17. *supra*: 3. si matrimonium contracturo det aliquid in dotem: 4. si donet post contractum matrimonium; quia per hujus contractum a patria potestate liberatur: 5. si donet filio naturali illegitimo; quia jure Caesareo non est in potestate patris: 6. si donet filio usumfructum, quem in ejusdem bonis adventitiis habet: 7. denique valet donatio patris in filium omnibus illis casibus, in quibus valet donatio inter conjuges. Ita ex variis juribus Navar. *man. c.* 17. *a n.* 145. imo etiam ceterae donationes filio a patre factae non sunt absolute, et penitus nullae; confirmari enim possunt tum juramento, tum morte donantis, tum etiam emancipatione, si illas pater antea non revocaverit, ut cum aliis tradit Perez *in cod. h. tit. num.* 10.

31

Quaeritur 4. quales donationes facere possint clerici de reditibus suis ecclesiasticis? Resp. Possunt facere donationes ad pias causas, item remuneratorias proportionatas meritis, non autem profanas, uti constabit ex dicendis *tit. seq. a num.* 19. quodsi id faciant in magna quantitate, peccant mortaliter, nisi forte parati sint compensationem facere, et tantumdem refundere in causas pias ex bonis patrimonialibus, et aliis, quorum liberam administrationem, et dominium habent; *n.* 19. *cit. et* 22. ceterum probabile est eos, qui accipiunt dono ejusmodi bona a clericis, ad restitutionem non obligari; quia illi ad superflua, in pias causas applicanda, probabilius non tenentur ex justitia secundum dicta *tit. cit. n.* 32. imo, ut notat Lugo *D.* 4. *n.* 48. *et* 49. ejusmodi dona accipientes ne quidem

peccati, saltem gravis, facile damnandi sunt, modo ejusmodi donationes non petant a clericis, vel ad eas inducant.

32

Quaeritur 5. an, et quales donationes possint facere religiosi? Resp. distinguendum esse, an ejusmodi religiosus extra monasterium degat, vel an in monasterio sub obedientia praelatorum vivat.

Si primum, et religiosus e. g. beneficium aliquod habeat, potest de reditibus ecclesiasticis, quorum libera administratio ipsi permissa est, disponere aeque, ac beneficiarii saeculares, adeoque eleemosynas, aliasque donationes honestas facere, etiam sine consensu praelati ordinis, ut docent Molin. *tract.* 2. *D.* 276. *num.* 5. Laym. *l.* 3. *tr.* *c.* 12. *n.* 9. Pirh. *hic num.* 16. et ratio est, quia ejusmodi donationes ad liberam administrationem pertinent.

33

Si secundum, et religiosus vivat sub obedientia superiorum, iterum distingui debet, an hujusmodi religiosus administrationem bonorum monasterii habeat, an vero nullam habeat administrationem. *Si habet administrationem*, uti sunt oeconomi, procuratores etc. possunt donationes facere, aliasve alienationes secundum facultatem ipsis a superiore immediato, vel mediato concessam, et quantum ordinis statuta, aut consuetudo permittit; Molin. *l. cit. num.* 3. Sanch. *l.* 7. *moral. c.* 19. *n.* 92. Laym. *l. cit. num.* 10. §. *tertio*, Pirh. *num.* 16. *cit.* *Si nullam habent administrationem bonorum*, nullas omnino donationes, etsi alias justas, facere possunt absque expressa, vel saltem tacita superioris licentia juxta *c. cum ad monasterium* 6. *de stat. monach. et can. non dicatis* 11. *caus.* 12. *q.* 1. quia tales solum usum rerum sibi concessarum habent; Molin. *l. cit. num. ult.* Sanch. *num.* 95. Laym. *l. cit.* §. *denique*. Pirh. 16. *cit.*

34

Quaeritur 6. quas donationes facere possint praelati ecclesiae tum regulares, tum saeculares? Resp. 1. res immobiles, et mobiles pretiosas, etiam in remunerationem obsequiorum ecclesiae praestitorum, donare aliter non possunt, quam quo modo iis easdem alienare permissum est, videlicet cum justa causa, et intervenientibus solemnitatibus juris ad alienationem rerum ecclesiasticarum requisitis, nisi sint res immobiles exigui pretii; *c. sine exceptione* 52. *caus.* 12. *q.* 2. *c. irrita* 1. *cum apostolica* 7. *et cap. seq. de his, quae fiunt a praelat. c. nulli* 5. *de reb. eccl. non alien.* et ratio est, quia has alienare, nisi modo praedicto, non possunt: ergo nec donare.

2. Ex rebus mobilibus ecclesiae non pretiosis possunt facere donationes remuneratorias, modo meritis commensuratae sint; quia donatio remuneratoria, ut dictum est *num.* 15. proprie donatio non

est, et hinc juxta dicta *num.* 17. lege, donationem vetante praelatis, tanquam odiosa, non comprehenditur.

35

3. Nec ex immobilibus, nec ex mobilibus quibuscumque, etiam non pretiosis, facere ipsis permissum est donationes mere liberales immodicas, et in notabili, vel magna quantitate. Ita statuitur *c. fraternitatem* 2. *h. tit.* et ratio *ibidem* datur; quia praelati, licet ecclesiasticorum redituum, et similium bonorum mobilium non pretiosorum generalem, liberamque administrationem habeant, eorum tamen dominio carent, atque insuper ecclesiae conditionem meliorem facere debent, non deteriorem; facerent autem deteriorem, si donationes ejusmodi mere liberales facere possent in magna quantitate, quia donare quodammodo perdere est; *l. filiusfam.* 7. *ff. hoc tit. l. ordinem* 2. *cod. de consul. et non spargend. ab his pecun. etc.*

36

4. Modicas, etiam mere liberales, facere possunt ex bonis ecclesiae mobilibus non pretiosis cum consensu capituli, imo etiam sine illo, si loci consuetudo illud permittat, prout sumitur ex *c. ceterum* 3. *hoc tit.* et universalis omnium fere ecclesiarum praxis demonstrat. *Ratio est*, quia hoc pertinere videtur ad rectam, et liberam administrationem, quam in ecclesiae rebus praelatus habet, simulque per ejusmodi rerum donationes evitatur suspicio avaritiae, cui personae ecclesiasticae aliquando obnoxiae sunt, et istarum bona existimatio, hominumque erga ipsas benevolentia, ac studium liberalitatis erga monasteria conservantur.

37

5. Ex reditibus mensae suae assignatis, si saeculares praelati sint, possunt facere donationes, etiam mere liberales, et in majori aliqua quantitate, non requisito consensu capituli; quia horum redituum perfectum dominium habent: ut tamen ejusmodi donationes ipsis sint licitae, quando ex superfluis sustentationi suae reditibus fiunt, fieri debent in piam causam. Addidi autem praelati saeculares; nam praelati regulares in hoc consulere debent regulas sui ordinis, et consuetudinem legitime praescriptam.

38

6. Si praelatus ex reditibus ecclesiae donationem immodicam mere liberalem faciat cum consensu capituli, illicita quidem illa est; quia magnam prodigalitatem continet: sed tamen valida; quia praelatus cum capitulo repraesentat ecclesiam, vel monasterium, eique agendo, et contrahendo obesse potest. Excipitur, si tanta sit ut ob eam necessarium sit bona immobilia, aut mobilia pretiosa ecclesiae

distrahere, et alienare; talis enim donatio non valeret, etiam facta cum consensu capituli; quia bona haec etiam cum istius consensu sine justa causa necessitatis, aut utilitatis alienari non possunt.

39

Quaeritur 7. utrum valida sit donatio omnium bonorum tam praesentium, quam futurorum? *Certum est*, 1. validam esse donationem omnium bonorum praesentium tantum; quia haec nullo jure irritatur, modo cum excedit 500. solidos, absque insinuatione non fiat. 2. Satis convenit inter DD. validam esse donationem, siquis dicat: *dono tibi omnia mea bona*: quia per illa verba intelliguntur donata bona tantum praesentia, non vero etiam futura; *l. si ita* 7. *ff. de aur. et argent. legat.* Et hinc ut censeatur etiam futurorum bonorum fieri donatio, opus est expressione futurorum bonorum, ut recte monet P. Konig *hic n.* 17. 3. juxta communem valet donatio, quando donator dicit: *dono tibi omnia mea bona etiam futura mobilia, et immobilia*; quia his non comprehenduntur jura, et actiones, nisi aliunde constet de intentione contraria. 4. Pariter valida est donatio bonorum etiam futurorum, comprehensis juribus, et actionibus, si fiat ad pias causas, ut omnium fere sententia habet; quia jus civile non potest impedire officia pietatis, et consilia evangelica: et si tradere aliquis personam suam potest ecclesiae, vel monasterio, quare non etiam sua bona? 5. Denique conveniunt DD. validam esse donationem, quae fit ex causa onerosa, v. gr. matrimonii, transactionis etc. quia nullo jure invenitur esse prohibita.

40

Dubium solutum est, an valeat donatio omnium bonorum praesentium, et futurorum mere liberalis, et ad causam aliquam profanam? Negant Clar. §. *donatio q.* 16. Gomez. *tom.* 2. *var. cap.* 4. *n.* 15. Schneidevvin. *inst. h. tit. n.* 86. Carpzov. *l.* 5. *resp.* 65. sumunt hoc authoritate *l. fin. C. de pact. l. ex eo* 4. *C. de inutil. stipulat. l. stipulatio* 61. *ff. de V. O.* Addunt rationem, quia per ejusmodi donationem aufertur libera facultas testandi, quae causa publicae utilitatis permissa est; is enim, *qui nulla bona in civitate reliquit*, *haeredem habere non potest*, ut loquitur Julianus *l. lex Cornelia* 20. *ff. de vulg. et pupill. substit.*

41

Verior esse videtur affirmativa sententia, quam tenent Harpprecht. *ad* §. 2. *inst. h. tit. n.* 115. *et seq.* Lauterbach. *ad tit. ff. eod.* §. 31. Stryck. *in usu modern. ibid.* §. 9. P. Konig. *hic n.* 16. magnif. P. Schmier, *cap.* 7. *de pact. et contr. n.* 118. et alii RR. passim. *Ratio est*, quia talis donatio nullo jure invenitur prohibi-

ta, imo potius approbata per textus expressos; *l. siquis* 35. §. *sed et si* 4. *C. h. tit. l. si unquam* 8. *C. de revocand. donat. l. si totas* 5. *C. de inoffic. donat. et l. omnes* 17. §. *Lucius* 1. *ff. quae in fraud. creditor.* in quibus de omnibus omnino bonis fit sermo.

42

Neque obstant leges in contrarium allegatae : quia loquuntur tantum de pactis, et stipulationibus captatoriis, quae inducunt votum captandae mortis alterius; talis autem non est donatio omnium bonorum inter vivos, cum ut effectum sortiatur, non opus sit morte donatoris, sed hoc vivente ad bona praesentia tradenda statim agi possit; quoad futura autem donatario expediat, ut donator diu vivat, et ita plus acquirat. *Ad argumentum ex ratione* imprimis donator omnium bonorum nunquam damnatur in solidum, sed semper tantum retinet, quantum ipsi ad sustentationem congruam necessarium est; *l. inter eos* 19. §. *is quoque* 1. *ff. de re judic.* et sic semper bona habet, de quibus testari possit. Deinde facultas testandi ita est juris publici, ut tamen illam privatus saltem indirecte sibi possit adimere, prout fit ingressu in monasterium, et arrogatione, quorum priore bona professi omnia transferuntur in monasterium, posteriore in arrogatorem.

§. IV.

De forma , et modo servando in donatione.

SUMMARIUM

De forma , et modo servando in donatione mortis causa dicitur *infra tit.* 16. *n.* 67. ubi quot testes ad eam requirantur. In donatione inter vivos unica solemnitas hic examinanda venit , nempe insinuatio apud judicem. Quare de hac

43

Quaeritur 1. quid sit *insinuatio* , et ad quam donationem requiratur ? Resp. *Insinuatio* donationis tunc fit , quando donator coram judice , sive in judicio , sive extra declarat suam voluntatem donandi , et petit illam in acta redigi , et scripturam super ea confici; *l. donatio* 25. *in fin. et l. in donationibus* 31. *C. h. tit.* Clar. §. *donatio q.* 15. *n.* 4. Azor. *p.* 3. *l.* 11. *de donat. cap.* 6. *q.* 1. Pirh. *hic n.* 5. Imo ex recepta consuetudine, ut idem Pirhing testatur , sufficit, si donatio scripta ipisi judici denuntietur sine alia scriptura.

Ratio , cur insinuatio requiratur , est , tum ut obvietur fraudibus , quae in donationibus magnae quantitatis intervenire possunt , tum ne profusis donationibus cives ad paupertatem redigantur cum damno reipub. cujus interest cives habere locupletes. Hinc non quaecunque donatio , sed solum illa insinuationem exigit , quae magnae est quantitatis.

44

Quantitas autem haec non semper fuit eadem; nam antiquo jure insinuationem exigebat donatio excedens 200. solidos, postea extensa est ad 300. ut constat ex §. *aliae autem* 2. *inst. h. tit. et l. sancimus* 34. *C. eod.* hodierno jure insinuanda est solum apud judicem donatio , si excesserit 500. solidos , non vero si infra illam summam sit facta; §. *aliae* , *et l. sancimus cit.* junct. *l. siquis* 36.

§. *fin. C. eod.* solidus autem in jure accipiendus est pro aureo, et quidem, ut generalis, et passim recepta consuetudo populorum habet, pro aureo hungarico, seu ducato, qui veteri illi solido, seu aureo suffectus est, quamvis levioris sit ponderis; Mynsing. *ad* §. *aliae cit.* Schneidevv. *ibid. n.* 24. Pirh. *hic n.* 5.

45

Parum autem refert, coram quo judice insinuatio donationis fiat, an coram proprio et competente an coram alieno, et incompetente; nam fieri apud quemcunque potest, ut notant Gaill. *l.* 2. *obs.* 39. *n.* 28. Lauterb. *ad tit. cit. ff.* 11. Stryck *ibid.* §. 5. magnif. P. Schmier *cap.* 7. *de pact. et contract. n.* 127. et sumitur ex *l. data* 27. *l. in hac* 30. *C. h. tit.* Ratio est, quia confirmatio donationis ita insinuatae est actus jurisdictionis voluntariae, nec ullam judicis cognitionem, sed nudam illius praesentiam exposcit. *Neque obstat* textus *l. secundum* 32. *C. h. tit.* ubi imperator Anastasius declarat, donationem excessivam apud judicem non alium, quam magistrum census, qui Constantinopoli erat competens, insinuari posse; quia id Constantinopoli erat singulare, nec observabatur in civitatibus, et locis aliis prout constat ex *l. cit.*

46

Quaeritur 2. an valeat donatio, ultra summam lege praescriptam absque insinuatione facta? Resp. Non valet in foro externo; quia donatarius, ejusque haeredes libere possunt excessum repetere: *excessum*, inquam: quia donatio talis non in totum invalida est, sed quoad excessum duntaxat, qui est ultra 500. solidos, prout habetur *l. sancimus* 34. *pr. C. h. tit.* in foro conscientiae valde probabile est, valere totam, et etiam quoad excessum, ut existimant Molin. *tr.* 2. *D.* 278. *n. ult.* Less. *l.* 2. *de just. cap.* 18. *n.* 99. Lugo *D.* 23. *n.* 156. Pirh. *hic n.* 7. Konig *ibid. n.* 27. Ratio est, quia leges vel non simpliciter irritarunt ejusmodi donationem, sed tantum sub conditione, si donator illam revocaverit; vel saltem cum tanto rigore non sunt receptae.

47

Ex quo sequitur, per ejusmodi donationem transferri dominium rei donatae in donatarium, quamvis revocabiliter, ac proinde etiam excessum tamdiu retineri ab eo posse, donec is repetatur vel ab ipso donatore, vel ab ejus haeredibus. Possunt autem excessum istum tam donator, quam ejus haeredes repetere tuta conscientia, etsi fraus vel metus in donatione non intervenerit, ut communis contra Rebellum notat, et ratio est; quia etsi in isto casu cesset periculum, ob quod invalidatae a lege sunt donationes ejusmodi, non tamen cessat periculum universale, quae sola fuit ratio motiva legislatoris.

48

Quaeritur 3. quaenam donationes ab obligatione faciendae insinuationis exceptae sint? Resp. Plures a DD. enumerantur. 1. Donationes mortis causa; *l. fin. C. de donat. mort. caus.*

2. Donationes ad causas pias; Less. *l.* 2. *de J. et J. cap.* 18. *n.* 102. Haun. *tract.* 9. *n.* 155. Pirh. *hic n.* 6. Konig. *n.* 24. Reiffenstuel *n.* 16. magnif. P. Schmier *cap.* 7. *de pact. et contract. n.* 136. cum communi TT. et juristarum orthodoxorum. Colligitur *arg. cap. relatum* 11. *de testam.* ubi in legatis ad pias causas non requiritur solemnitas a jure civili praescripta. *Neque obstat* textus *l. illud* 19. *cod. de ss. eccl. et l. sancimus* 34. §. *alias* 1. *cod. hoc tit.* ubi validae solum dicuntur illae donationes, quae fiunt ad causas pias intra 500. solidos, ceterae, quae hos excedunt, statuuntur opus habere insinuatione; quia leges istae a jure canonico non sunt approbatae, et ideo vim nullam haberent.

49

Donationes, quae fiunt ad redemptionem captivorum, vel in reparationem aedium, quae corruerunt, vel incendio consumptae sunt; *l. siquis* 36. *C. hoc tit.* modo res in hunc finem donata ad eum usum duntaxat expendatur.

4. Donationes remuneratoriae, modo non multum excedant merita; nam si haec multum excederent, quoad excessum mere liberales forent, et opus insinuatione haberent; Clar. §. *donatio quaest.* 3. *n.* 3. *et* 4. Zoes. *ff. hoc tit. n.* 43. *et* 44. Molin. *D.* 279. *n.* 6. Pirh. *hic n.* 6. Konig. *n.* 27.

5. Donationes, quarum singulae non excedunt 500. solidos, etsi simul sumptae multum excedant, et eidem donatario fiant, ut colligitur ex *l. sancimus* 34. §. *siquis* 3. *C. hoc tit. Excipitur*, nisi fiant eodem quasi tempore, ac brevi intervallo unius, vel alterius diei interjecto, aut eodem instrumento; tunc enim censerentur factae in fraudem legis, et constituere donationem moraliter unam; Brunnem. *ad l. cit. n.* 28. *et seq.* Lauterbach. *l. cit.* §. 25. Stryck. *de cautel. contract. sect.* 3. *cap.* 9. §. 5. magnif. P. Schmier *cap.* 7. *de pact. et contract. n.* 131.

50

6. Donatio a principe in privatum, et a privato in principem; *l. sancimus cit. princ. et auth. seq. C. hoc tit.* quod etiam ad proceres imperii alii DD. extendunt apud Konig. *l. cit.*

7. Donatio facta militibus a magistris militiae, sive in pecunia, sive in aliis mobilibus; *l. siquis* 36. §. *simili* 1. *C. hoc tit.*

8. Denique omnes aliae donationes, quae fiunt ob causam v. gr. pro dote, pro sustentatione studiorum tempore etc. *l. hoc jure* 19. §. *Labeo* 1. *et* §. *sed et hae* 5. *ff. hoc tit.*

Ratio est, quia cum hae donationes non fiant ob solam liberalitatem, propriae, et perfectae donationes non sunt; igitur ad eas lex requirens insinuationem, utpote liberam voluntatem donandi restringens, et cons. odiosa, extendi non debet.

51

Quaeritur 4. an donator possit renuntiare legi exigenti insinuationem? Satis convenit inter DD. renuntiationem hujusmodi, si simplex sit, et juramento non confirmetur, invalidam esse; quia lex, qua insinuatio inducta est, dat formam contractui, ita, ut is sine illa invalidus sit. Legi autem, quae dat formam contractui, renuntiare privatus non potest. Accedit, quia talis renuntiatio est contra finem legis praescribentis insinuationem; eadem enim facilitate, qua ad donandum quis inducitur, induci etiam posset ad renuntiandum insinuationi.

52

Major difficultas est, an renuntiatio ejusmodi valeat, apposito juramento? *Ratio dubitandi est* 1. quia leges civiles, quae insinuationem exigunt, eam requirunt ob utilitatem publicam; quae autem ob utilitatem publicam introducta sunt, pactis privatorum, etiam juris, tolli non possunt. Tali casu concederetur una via, quod alia via prohibitum est, et permitteretur per obliquum, quod directe fieri non potest.

53

Sed his non obstantibus, dicendum, si donationi, quae sine insinuatione ultra summam lege praescriptam facta est, adjiciatur juramentum de ea non revocanda, convalescere donationem etiam quoad excessum, ita, ut subsistat in utroque foro. Ita Clar. §. *donatio quaest.* 18. *n.* 2. Azor. *p.* 3. *l.* 11. *de donat. cap.* 6. *quaest.* 10. Gaill. *l.* 2. *obs.* 39. *n.* 12. *et seq.* Pirh. *hic n.* 6. Ratio est, quia hujusmodi juramentum nihil continet, quod sit bonis moribus naturalibus contrarium; alias nullo casu donatio supra summam lege praescriptam subsisteret; ergo cum sine peccato, et dispendio salutis aeternae servari possit, obligat, et servari debet; *cap. cum contingat* 28. *de jurejur.*

54

Argumenta in contrarium allata efficacia non sunt. *Ad* 1. Lex qua insinuatio ad valorem donationis requiritur, utilitatem publicam solum intendit secundario, et in consequentiam; principaliter autem respicit favorem donantium, ne domesticis fraudibus, praesertim conjunctarum personarum, prodigaliter donando, bonis suis priventur, ut habetur *l. data* 27. *C. h. tit. Ad* 2. via haec, quam casu hoc aperit juramentum, non est illegitima, nec ad objectum prohibitum,

cum *l.* 2. *tit.* 24. *n.* 85. jam ostenderim, quod juramentum habeat vim confirmandi contractus, et actus jure positivo irritos, si turpitudinem non contineant, in tertii praejudicium non vergant, et principaliter ob utilitatem publicam non sint prohibiti.

§. V.

De revocatione donationum.

SUMMARIUM

55

Ex dictis *supra n.* 23. constat donationem mortis causa, et inter vivos in hoc essentialiter a se differre, quod illa, cum species quaedam ultimae voluntatis sit, usque ad ultimum donantis spiritum revocari possit, non item donatio inter vivos, quippe quae, si semel rite perfecta est, irrevocabilis manet, etsi nudo solum pacto, nulla etiam stipulatione interveniente, vel traditione rei donatae fa-

cta sit, prout habetur *l. si apud* 2. *et l. fin. C. de revocand. donat.* et ratio est, quia jus semel alicui acquisitum non debet ei sine causa auferri, ne quidem authoritate principis, nisi ob causam utilitatis publicae; Zoes. *ff. hoc tit. n.* 73. Procedit autem hoc regula riter, nam tres celebres causae, et casus sunt, ob quas donatio inter vivos, etsi traditione perfecta sit, revocari, atque rescindi potest. Et quidem

56

I. *Ob ingratitudinem* donatarii erga donantem; *cap. fin. hoc tit. et l. fin. C. de revocand. donat.* Circa quam causam, et casum

Dub. 1. in quibus casibus donatio ob ingratitudinem revocari possit? Resp. Quinque communiter assignantur, quorum priores quatuor referuntur *cap. fin. cit.* quintus *l. fin. cit.* videlicet

1. Si donatarius atroces injurias in eum, qui donavit, effundat, sive deinde in verbis fiat, sive factis, ut si v. gr. adulterium committat cum ejus uxore: vel stuprum inferat illius filiae.

2. Si impias, et violentas manus in donatorem injecerit, sive deinde id fiat manibus, sive pedibus, sive per lapidem, sive per aliam rem, et sive per se, sive per alium juxta *l. non solum* 11. *pr. ff. de injur.* modo percussio sit injuriosa, et non sine peccato mortali.

3. Si grave damnum inferat donatori in rebus, seu bonis ejusdem externis; debet autem hoc damnum esse reipsa illatum; nec enim sufficit quod donatarius illud attentarit inferre, ut patet ex *l. fin. cit.* et notat Molin. *tract.* 2. *D.* 281. §. *tertia.*

57

4. Si absque justa causa per se, vel per alium grave periculum vitae donanti inferre praesumpserit, etiamsi mors ipsa non sit secuta.

5. Si noluit implere pacta, vel gravamina, ad quae verbo, vel scripto in donationis acceptatione se obligavit.

6. Alii addunt revocari donationes titulo ingratitudinis posse etiam ob alias causas quinque relatis majores, vel aequales. Sed contrarium aperte colligi videtur ex textu; *l. fin. cit.* ubi donationis revocatio ad causas relatas diserte restringitur; nam iis enumeratis dicitur: *ex his tantummodo causis donationes everti concedimus. Neque obstat*, quod eadem, vel major sit ratio; quia lex poenalis, qualis est ista, etiam ob paritatem, vel majoritatem rationis ad casus non expressos extendi non debet.

58

Dub. 2. an omnes donationes revocari ex causa ingratitudinis possint? Resp. negative; nam 1. excipitur donatio remuneratoria

meritorum, ut colligitur ex *l. si pater* 34. §. *siquis* 1. junct. gloss. *V. irrevocabilis*, *et l. Aquilius* 27. *ff. hoc tit.* Ratio est, quia donatio remuneratoria, ut nuper dictum, est non proprie donatio, sed potius permutatio, sive compensatio meritorum, donatario debita ex honestate, et gratitudine. Igitur lex revocationem donationum permittens, cum sit odiosa, et poenalis, ad donationes remuneratorias extendi non debet. *Excipitur*, si hujusmodi donatio excedat merita; nam quatenus ea excedit, mere liberalis donatio est.

59

2. Donatio facta ob causam; qualis est constitutio dotis facta a patre; *l. si dotem* 24. *C. de jur. dot.* Ratio est, quia fuit data ob causam, ob quam pater tenebatur filiam dotare, et sic non mere liberaliter dedit, sed magis debitum persolvit. Idem probabilius dicendum est, si extraneus dotem dedit; nam licet non teneretur ad dotandum, quia tamen dedit ex causa onerosa, ideo non videtur mere liberaliter dedisse. Quod de dote dictum est, etiam tenendum de donatione propter nuptias; Molin. *num.* 13. Pirh. *num.* 37. Vviest. *num.* 28.

60

3. Donatio facta ecclesiae, monasterio, vel alteri piae causae; Clar. §. *donatio quæst.* 21. *num.* 5. Less. *l.* 2. *cap.* 18. *num.* 105. et cum his communiter ceteri. *Ratio est*, quia talis donatio censetur facta Deo, in quem, tanquam liberalissimum bonorum omnium largitorem, et remuneratorem cadere ingratitudo nequit. Potest tamen, si fructus rei, quae ecclesiae donata est, ad mensam praelati spectent, iis privari praelatus in poenam ingratitudinis ad tempus vitae suae, ut monet Zoes. *ff. hoc tit. num.* 97. Pirh. *loc. cit.*

61

Dub. 3. an donatio revocari possit etiam ab eo, qui renuntiavit juri illius ob ingratitudinem revocandae? Tiraquellus, Gutierez, Molina, Perez, Haunoldus distinguunt; nam etsi existiment, si renuntiatum sit huic privilegio simpliciter, locum adhuc revocationi esse, tamen id negant, si renuntiatum sit ei cum juramento. *Rationem dant*, quia non revocare donationem ex causa ingratitudinis est de re licita, et jus revocandi illam est favor ipsius donantis; igitur juramentum non revocandi eandem tenet, et cons. obligat. *Conf.* a pari cum eo, qui jurat se soluturum lytrum praedoni, usuras usurario; hic enim ex vi religionis juramenti tenetur stare promissis; *cap. debitores* 6. *de jurejur.* ergo et donans tenebitur non revocare donationem, si non revocaturum se juramento obstrinxit.

62

Sed melius negatur ejusmodi renuntiationem etiam juratam tenere. Ita communis apud Pal. *part.* 2. §. 2. *num.* 5. Ratio est, quia renuntiatio juris revocandi donationem ob ingratitudinem futuram donatario ansam delinquendi praebet; inducit enim ad committendam ingratitudinem: ideoque cum sit contra bonos mores, nec ipsa nec juramentum ei adjectum obligat promittentem; *reg. non est* 58. *in* 6.

63

Ex quo cadit ratio adversae sententiae, quia potestas revocandi non est praecise favor ipsius donantis, sed introducta ob bonum publicum, ut videlicet absterreantur homines a vitio ingratitudinis. *Ad conf.* licet omissio revocationis licita sit postquam ingratitudo est commissa, illic tamen, et nulla est promissio, qua renuntiatur jure revocandi donationem ob ingratitudinem donatarii committendam, cum renuntiatio ista causam non habeat, quae cohonestet ansam delinquendi, quam praebet. Hinc disparitas est inter juramentum de non revocanda donatione ob ingratitudinem futuram, et inter juramentum de lytro solvendo praedoni, vel usuris usurario; nam duo haec ultima juramenta causam habent, ex qua cohonestentur, videlicet redemptionem injustae vexationis, qua se liberat ita jurans.

64

Dub. 4. an si donatarius aliquo ex quinque supra relatis modis commiserit ingratitudinem erga donantem, donatio revocetur ipso jure? Resp. negative: sed revocanda est per sententiam judicis: et hinc donatarius res sibi donatas, et traditas retinere interea potest, donec ingratitudo in judicio probata sit a donante, ut colligitur ex *l. fin. cit. C. de revocand. don.* ibi, *si fuerint in judicio dilucidis argumentis cognitionaliter adprobatae.*

65

Dixi *interea*; nam probata ingratitudine, et lata sententia, obligatur donatarius etiam in foro conscientiae donatum reddere: fructus tamen ex re donata, ante litis contestationem perceptos, nequaquam cogendus est restituere; quia eos percepit ex re sua: imo valde probabile est, quod non sit cogendus restituere fructus, etiam durante lite ante sententiam perceptos, quamvis DD. communiter contrarium teneant.

66

Addidi *res donatas, et traditas*; nam si res donata nondum sit tradita donatario, non tenetur donans post commissam ingratitudinem eidem rem donatam tradere, sed potest eundem excipiendo repellere; Abb. *in cap. cit. num.* 5. cum communi. *Ratio est,*

quia, cui post solutionem, aut traditionem datur repetitio, ei ante illam datur exceptio; *l. invitus* 156. *ff. de R. J.* Imo si donatarius, postquam res ipsi tradita est, ingratus existens donantem dolo, aut vi impediat, ne in judicio revocationem petere possit, potest is via occultae compensationis uti, ut recte Less. *cap.* 18. *cit. num.* 108.

67

Dub. 5. an actio pro revocanda donatione competens, etiam transeat ad haeredem donantis? Negant Abb. *in cap. fin. hoc tit. num.* 4. Molin. *num.* 3. Brunnem. *in l. fin. cit. num.* 9. Videtur colligi ex textu *l. fin. cit.* ubi jus revocandi donationes primis tantum personis conceditur, et ad successores non extendenda dicitur. *Conf.* ex ratione; quia actio haec donanti competit ob illatam ipsi injuriam. Atqui actio injuriarum morte extinguitur, et ad haeredes non transit; *l. injuriarum* 13. *ff. de injuriis.* ergo etc.

68

Sed melius adhibetur distinctio, quam etiam non obscure insinuat *l. fin. cit.* vel enim donans, in se admissae ingratitudinis conscius, tacuit, nec revocavit donationem, cum posset eam non revocare; vel ignoravit commissam, aut scivit quidem, sed morte praeventus, vel aliter impeditus revocare non potuit, cum vellet.

Si primum, actio, et revocandi jus ad haeredes non transit, ut clare decisum est *cap. fin. et l. fin. cit.* quia ipsa taciturnitate sua ingratitudinem remisisse censetur.

Si secundum, actio haeredibus donatoris competit, prout non male desumitur ex *cap. fin. cit.* ibi, *qui hoc tacuit, et ex l. fin. cit.* verbis *Etenim ipse, qui hoc passus est, tacuerit*: atqui ignorans, aut revocare non valens non censetur tacuisse, et cons. jus revocandi donationem ad haeredes transmittit: ergo etc.

69

Multo magis haeredes donatoris agere possunt contra donatarium, tanquam contra indignum, si iste donatori mortuo injuriam e. g. cum graviter infamando irroget, ut notat Pal. *d.* 9. *de just. p.* 31. §. 4. *in fin.* et colligitur ex *l. haeredes* 1. *c. quib. ut indign.*

Ad argumentum, in contrarium ex *l. fin. cit.* allegatum, dico, ibi non agi de casu, quo donans ingratitudinem vel ignoravit, vel morte praeventus per revocationem non potuit vindicare; dicitur enim, *qui passus est*, quod scientiam indicat. *Ad conf.* dicendum, hunc casum esse specialem: cons. non obstant ea, quae alias generaliter sancita sunt de actione injuriarum, ut notat Ripa *in l. fin. cit. quaest.* 62. *num.* 208.

70

Dub. 6. an actio haec transeat etiam in haeredes donatarii ingrati? Abbas, et Molina hic eodem modo discurrunt, quo nos in casu *dub. praeced.* Verior est sententia eorum, qui simpliciter transire contra istos actionem negant. Ita ex communi Jctorum sensu Barb. *in cap. fin. cit. n.* 24. Ratio est, quia *cap. fin. cit.* nulla istorum mentio fit, et vers. *etenim cit.* non statuitur, quid in hos liceat; igitur locum in ipsis habebit generalis regula, quae non concedit actionem injuriarum, aut alias ex delicto descendentes, institui contra haeredes; §. *non autem* 1. *vers. est enim instit. de perpet. et temp. act.* cum delictorum poenae suos debeant tenere authores, et delinquentes; *cap. quaesivis* 2. *de iis, quae a majori part.* et *l. facimus* 21. *C. de poen.*

71

II. Revocari donatio inter vivos potest, si quis liberos non habens, omnia sua bona, vel partem eorum donavit, et postea inopinato, ac praeter spem liberos suscipiat, prout habetur *l. si unquam* 8. *C. de revocand. donat.*

72

Dub. 1. an omnibus competat jus revocandi donationes propter supervenientiam liberorum? Videtur respondendum negative; nam *l. si unquam cit.* loquitur de sola donatione, quae a patrono libertis facta est: igitur ad alios donatores extendi non debet.

Sed standum adhuc est pro affirmativa sententia; licet enim lex ista de patronis tantum loquatur, communiter tamen a DD. extenditur ad donationes factas a quocunque donatore quibus libet aliis personis extraneis, h. e. qui non sunt de numero liberorum, seu descendentium donantis: et quidem merito; quia lex illa non statuit novum jus, sed jus naturae declarat, et fundatur in praesumptione juris qua praesumitur ejusmodi donatio facta esse cum virtuali, seu tacita conditione, *nisi liberi nascantur*, cum nemo censeatur alienas successiones propriis, seu estraneos liberis suis anteponere voluisse. Quare dicendum, si donator, quiscunque ille sit, post factam omnium, vel notabilis partis bonorum suorum donationem praeter omnem spem et exspectationem suscipiat liberos, illum revocare donationem a se factam posse. Ita Covar. *l.* 1. *var. cap.* 19. Molin. *D.* 282. *num.* 1. Brunnem. *ad l. cit. n.* 7. *et seqq.* Lauterbach. *ad tit. eund* §. 53. magnif. P. Schimier *cap.* 7. *de pact. et contract. n.* 167. *et* 168.

73

Dixi, *notabilis partis:* talis censebitur, quae tanta est, ut donator, si de liberis cogitasset, eam donaturus verisimiliter non fuisset; nam si donatio foret modica solum, ita, ut donator, etiamsi de liberis cogitasset, praesumi posset eam nihilominus facturus fuisse, libe-

rorum nativitate non revocaretur, ut notat Clar. §. *donatio quest.* 22. *num.* 5.

Revocatur autem tali casu, liberis supervenientibus, donatio ipso jure, ita, ut donator expectare non debeat sententiam judicis, sed ante illam donatum possit repetere, prout notat gloss. *in l. si unquam cit.* antequam tamen ipse bona donata repetat, donatarius in foro conscientiae ad restitutionem illorum non obligatur; quia dominium non amittit per supervenientiam liberorum, sed per repetitionem donatoris, vel potius restitutionem a se factam; per repetitionem enim probabiliter solum contrahit obligationem restituendi.

74

Dub. 2. quando revocationi huic sit locus? Resp. Locus ei est 1. non tantum, quando post donationem factam plures donator liberos suscipit, sed etiam quando prolem unicam; nam liberorum appellatione unus quoque, unave proles comprehenditur, et qui una tantum reliquit, sine liberis decessisse non intelligitur; *l. non est* 148. *ff. de V. S.*

2. Eidem locus est, etiamsi liberi, donatione jam perfecta suscepti, moriantur ante patrem, qui donationem ejusmodi fecit. Ita cum Bartolo Fachin. *l.* 3. *contr. cap.* 90. *V. ceterum*, Zoes. *in ff. h. tit n.* 119. Pirh. *hic n.* 41. Vviest. *n.* 14. contra Gomesium, et plures alios. *Ratio est*, quia in donatione, ut *n.* 72. dictum est, subintelligitur conditio, *nisi nascantur liberi*; igitur his susceptis, jam deficit conditio, sub qua facta est donatio; cons. etiam ipsa deficit, et extinguitur, ut donata ad donatorem revertantur, modo donator illa velit repetere; atqui res, quae semel extincta est, non amplius reviviscit; *l. qui res* 98. §. *si servus* 7. *ff. de solution.* Si tamen donans filiis natis, et postea mortuis, res donatas, cum facile potuisset, repetere omisisset, intelligeretur donationem confirmasse, aut renovasse, ut bene advertit P. Vviest. *l. cit.*

75

3. Locus eidem revocatione est in donatione firmata juramento; quia hoc sequitur conditiones actus, cui adiectum est. Igitur sicut donatio, ita et juramentum ipsi appositum tacite includet conditionem, *nisi nascantur liberi*; Clar. *quest.* 27. *n.* 1.

4. Locus illi est in iis, quae dotis causa donata sunt mulieri extraneae: ubi tamen adhibenda distinctio: vel enim matrimonium postea cum sit dotata secutum est, vel non est secutum. *Si hoc secundum*, revocari donatio potest, tanquam datum ex causa, causa non secuta. *Si primum,* revocari non potest, nisi quatenus praejudicat legitimae filiorum, ut cum pluribus aliis bene advertit Lugo *D.* 23. *sect.* 11. *n.* 196. et ratio est, qui a cum dos talis donata sit, ut alliciatur ma-

ritus ad contrahendas nuptias cum tali persona, injuria ei fieret, si revocaretur ista donatio.

76

5. Similiter revocari potest donatio facta ob causam, v. g. ad studia litterarum prosequenda, si res adhuc sit integra, seu causa nondum posita, nisi forte donatarius ad illam causam ponendam determinate, et expresse se obligasset; Lug. *loc. cit.* Secus, si res non amplius sit integra, quia e. gr. Titius studia jam inchoavit; tunc enim revocari non posset amplius ob rationem datam de dote.

6. Denique nonnulli cum Tiraquelio existimant revocari donationem posse, si donans ingrediatur religionem, ex ratione, quod monasterium sit loco filii; *cap. in praesentia* 8. *de probat.* igitur sicut nativitate filii, sic etiam donantis professione donatio revocabitur. Sed argumentum hoc leve est; imprimis enim ea fictio juris commentitia est, et monasterium loco filii *cap. cit.* non haberi ostendetur infra *tit.* 26. *n.* 183. deinde donatio nativitate filii revocatur ob praesumptionem, quod pater non fuisset donaturus, si de liberis nascituris cogitasset; quae praesumptio non habet locum in monasterio, cum multis ideo donet, et liberalius, quia ingressuri sunt religionem.

77

Dub. 3. quibus casibus supervenientibus liberis, non revocetur donatio? Resp. 1. si donatio facta sit filio etiam emancipato; haec enim, supervenientibus liberis, non revocatur, nisi quatenus est inofficiosa, et per eam ceteris tolleretur legitima; Molin. *D.* 273. *n.* 1. Ratio est, quia dispositio *l. si unquam cit.* solum loquitur de extraneis, igitur de filio emancipato non procedit. Extendunt hoc aliqui etiam ad casum, quo donatio facta est uni ascendentium, v. grat. patri, matri, avo, vel aviae, ut videre est apud Less. *cap.* 18. *cit. n.* 109. et probare videtur ratio supra allata.

2. Si liberi, qui seperveniunt, sint spurii, vel naturales; Molin. *l. cit. n.* 9. Ratio est, quia his communiter parentes providere non solent, nisi de necessariis alimentis. *Excipitur*, nisi legitimati fuerint vel per subsequens matrimonium, vel per rescriptum principis; Lug. *loc. cit. n.* 189. contra Tiraquellum, et alios; nam pro talibus legitimatis parens non minus solet esse providus, quam pro legitimis.

78

3. Si donatio facta sit causa remunerationis, vel alia, quae commodum donatoris respicit; Molin. *loc. cit. n. ult.*. Ratio est, quia ut saepius dictum est, non est proprie dicta donatio, sed potius mercedis praestatio, ac congrua bonorum administratio, ideoque etiam irrevocabilis dicitur; *l. si pater* 34. §. *siquis* 1. *ff. h. tit. Excipitur*, si

excedat merita; nam quoad excessum mere liberalis est, et ideo revocationi obnoxia.

4. Si donator cum juramento renuntiasset jure revocandi donationem, supervenientibus liberis; talis enim donatio liberorum nativitate non tota, sed quoad legitimam duntaxat revocaretur; Molin. *n.* 6. Less. *n.* 111. Ratio est, quia cum pater filiis tantum teneatur dare legitimam, juramentum istud sine peccato, et praejudicio tertii servari potest, et cons. obligatorium est. Idem dicendum, si aliunde constet, quod de liberis cogitarit donator, et tamen donarit; Molin. *loc. cit.*

79

5. Siquis habens liberos, etiam filium unicum, donet, et postea eidem alii nascantur filii, haec enim donatio, ut prior, solum revocaretur quoad legitimam, si haec liberis postea natis fuisset adempta; Fachin. *l.* 3. *contr. cap.* 87. contra Lopez, et alios: et videtur clare contineri *l. si totas* 5. *C. de inoffic. donat.* Ratio est, quia *l. si unquam cit.* privilegium hoc revocationis illi duntaxat conceditur, qui liberos non habebat, cessatque hoc casu ratio revocationis, quod non praesumatur cogitasse de liberis.

6. Si donatum sit ecclesiae, vel alteri piae causae; solum enim revocatur in tantum, quantum satis est ad legitimam prolis, quae nata est postea, ut communiter omnes teste Lug. *D.* 23. *num.* 194. Ratio est quia pia causa est instar filii; quod autem donatum est priori filio, non revocatur, nisi quoad legitimas aliorum filiorum postea susceptorum. Accedit, quia quod donatur ecclesiae, donatur Deo, et pro salute animae, adeoque est causa aeque favorabilis, ac causa filiorum; *auth. siqua mulier C. de ss. eccl.*

80

Dub. 4. an donatio facta ecclesiae tantum jure fori externi firma sit, an etiam jure poli sive in foro conscientiae interno? Putant non pauci, nec postremi nominis DD. eam, supervenientibus liberis, totam revocari posse, et desumunt hoc ex *can. fin. caus.* 17. *q.* 4. ubi relatus s. Augustinus laudat factum Aurelii episcopi, qui cum aliquis omnium suorum bonorum (usufructu tantum retento) donationem fecisset ecclesiae, et postea suscepisset liberos, donanti omnia reddidit; et addit s. Pater: *in potestate habebat episcopus non reddere ; sed jure fori, non jure poli.*

81

Sed melius dicitur ejusmodi donationem firmam etiam esse in foro conscientiae, ita, ut neque in hoc revocari possit, nisi quoad legitimam secundum rigorem juris loquendo. Ita Lugo *n.* 147. Haun. *tr.* 9. *n.* 277. Pirh. *hic n.* 43. Vvies. *n.* 21. Ratio est, quia merito

praesumitur donans id, quod legitimam liberis postea natis debitam superat, absolute donare voluisse ecclesiae, cum nemo prudens magis prospicere velit liberis suis, quam saluti animae suae, ad quam piae hujusmodi donationes tendunt.

82

Ad textum ab adversariis allegatum respondeo, s. Augustinum ibi solum dicere voluisse, quod aequitati, honestati, ac pietati magis consentaneum fuerit ut totum reddatur, et sic ecclesia purgetur ab omni avaritiaę suspicione. Addit Lugo *l. cit.* si ex his titulis praelatus velit donata reddere, intervenire debere solemnitates juris, ad alienationem requisitas.

83

III. Revocari donatio inter vivos potest, si sit inofficiosa, seu contra officium pietatis in liberos, ut si pater, vel mater uni, aut pluribus filiis in tanta quantitate donavit, ut reliquis filiis legitima, h. e. portio, lege ipsis debita, auferatur, vel minuatur; *l. si pater* 2. *l. si totas* 5. *l. si mater* 7. *et l. liqueat* 8. *C. de inoffic. donat.*

84

Dub. 1. quid sit *donatio inofficiosa*, et in quantum illa revocetur? Resp. *Donatio inofficiosa* est, quae tantae est quantitatis, ut non sit salva portio legitimae illis, quibus debetur; *l.* 1. *et tot. t. C. de inoffic. donat. Inofficiosa* dicitur, quia est contra officium pietatis, liberis, et aliis similibus personis debitum. Si talis donatio fiat, liberi, et alii, qui gravati sunt in legitima sibi debita, post mortem patris, vel matris ita donantis, querelam instituere apud judicem possunt, et petere rescissionem donationis, non quidem totius, sed quatenus ea immodica est, et legitimae detrahit, ut id, quod conquerenti juri legitimae debetur, ad donatoris patrimonium redeat; *l.* 2. *l* 5. *l.* 7. *et l.* 8. *C. de inoffic. donat.* Ratio est, quia donans a pietatis officio recessit, et peccavit tantum secundum legitimam portionem, non vero in tota donatione. Igitur ne poena sit major delicto, conveniens fuit eam non revocari totam, sed tantum quoad excessum. *Conf.* quia donationis revocątio, tanquam exorbitans, et odiosa, extendi non debet ultra, quam jure expressum sit: atqui nuspiam jure expressum est eas revocari in totum: ergo etc.

85

Dub 2. an si donatio inofficiosa sit facta animo fraudandi liberos sua legitima, revocari possit tota donatio? Abb. *in c. fin. n.* 5. *h. t.* Clar. §· *donatio q.* 24. *n.* 2. *et* 4. Less. *c.* 18. *n.* 112. Zoes. *ff. h. t. n.* 76. distinguunt: vel enim aliquid relictum est liberis, vel nihil eis relictum est.

Si primum, existimant, eam revocari solum usque ad legitimam: *si secundum*, volunt revocari totam, idque in odium fraudis. Verius est donationem inofficiosam in utroque casu tantum revocari quoad legitimam. Ita Molin. *D.* 283. *n.* 12. Fach. *l.* 6. *contr. c.* 84. Pal. *tr.* 32. *D.* 2. *p.* 30. §. 1. *n.* 2. Pirh. *hic n.* 47. *fin.* Vviest. *n.* 25. et probant argumenta *n. praec.* proposita. *Ad rationem adversae sententiae* haec revocatio concessa quidem est in odium fraudis, sed hoc ipso, quod odiosa sit, non amplius extendi debet, quam eam extendat lex illam permittens. Certe cum revocatio donationis in totum sit mera poena commissae fraudis, saltem ante sententiam non tenebitur donatarius ad restituendam totam; Mol. Pirh. *l. cit.*

86

Dub. 3. an etiam parentes aliique ascendentes revocare possint donationem inofficiosam a liberis factam? Resp. affirmative, et hoc usque ad legitimam portionem ipsis debitam in bonis descendentium, ut aperte colligitur ex *l. si filius* 4. *C. de inoffic. donat.* Ratio est, quia querela inofficiosae donationis ad similitudinem querelae inofficiosi testamenti est introducta; *l. fin. C. eod.* atqui haec non tantum liberis adversus testamentum inofficiosum parentum, sed etiam parentibus adversus testamentum inofficiosum liberorum competit; *l. nam etsi* 15. *ff. de inoffic. testam.* ergo et illa.

87

Dub. 4. an revocationi etiam locus sit casu, quo pater, vel alius repudiat legatum, aut renuntiat haereditati sive a se speratae, sive etiam delatae, sed nondum aditae, si postea nascantur eidem liberi? Resp. hoc casu non esse locum revocationi, ut bene aliis *cit.* advertit Pirh. *hic n.* 48. Ratio est, quia cum leges civiles de revocandis donationibus sint exorbitantes, eae stricte interpretandae sunt de donatione proprie dicta, per quam alienatur jus acquisitum; non autem de illa, per quam remittitur jus non acquisitum, quae non est proprie alienatio, cons. neque etiam donatio.

88

Dub. 5. Quando donatio inofficiosa revocari possit? Resp. Revocari non potest, nisi post mortem donatoris; quia tunc primum incaepit donatio illa cedere in praejudicium filiorum, utpote quibus ante mortem parentum non debetur legitima. *Ex quo sequitur* donationem ejusmodi usque ad mortem donantis, nisi alio laboret vitio, validam esse, quamvis illicita sit, utpote facta in damnum filiorum, quod post mortem donantis sentient. Hinc impleri ab isto non debet, etiamsi juramento sit confirmata; quia juramentum non est vinculum iniquitatis, neque obstringit ad id, quod sine peccato impleri non potest.

PARS III.

De dominio, et ceteris juribus clericorum.

A pactis, et contractibus clericorum compilatio nostra nos ducit ad clericorum jura: quae duplicis generis proponuntur ; nam aliqua promiscue omnibus competunt, quale est jus peculii, et successionis tum testamentariae, tum legitimae: alia propria parochis , sicut est jus sepulturae, decimandi, et alia parochialia. De his ergo usque ad titulum XXX. inclusive agetur.

TITULUS XXV.

De peculio clericorum.

Per contractus, et pacta de bonis disponitur inter vivos, per testamenta, et ultimas voluntates mortis causa : ut constet, de quibus bonis alterutro modo disponere clerici possint, interseritur praesens titulus *de peculio creditorum.* Est autem *peculium* sic dictum, quasi *pusilla pecunia*, *seu parvum patrimonium* ; *l. depositi* 5. §. *peculium* 2. *ff. de peculio.* Dupliciter potest accipi: *primo* stricte, et proprie, quo modo acceptum eam patrimonii, sive bonorum portionem denotat, quam filiusf. vel servus permissu patris, aut domini ab istius rationibus separatam, et propriam habet; *l. cit.* §. *fin. Secundo* late, quo modo sumptum significat quodcunque patrimonium, sive bona alicujus, etiam qui juris sui est; *l. cogi* 16. *princ. ff. ad S. C. Trebel.* Hoc secundo modo accipitur praesenti titulo.

§. II.

An, et quorum bonorum clerici dominium habeant.

SUMMARIUM

1 *Bona, quae ad clericos pertinent, sunt triplicis generis, patrimonialia, quasi patrimonialia.*
2 *Et beneficialia, quae a simpliciter ecclesiasticis distinguuntur.*
3 4 5 *Simpliciter ecclesiasticorum dominium particulare est penes ipsas ecclesias.*
6 *Patrimonialium, et quasi patrimonialium clerici sunt vere domini.*
7 *Quod etiam dicendum de distributionibus quotidianis.*
8 *Fundamenta sententiae negantis bonorum beneficialium dominium clericis.*
9 *Resolvitur pro sententia affirmante.*
10 *Solvuntur argumenta prioris sententiae.*
11 12 *Ad quem pertineant res a praelatis, vel aliis clericis beneficiatis emptae?*
13 14 *Inter quae bona connumerari debeant, clericis donata, vel testamento relicta?*
15 *Cui bonorum generi accensenda sint bona relicta a clerico?*
16 *Vel empta ab eodem, quando non constat ex quibus bonis ea emerit?*

1

Quaeritur 1. quotuplicis generis sint bona, quae ad clericos pertinent? Resp. Sunt triplicis maxime generis. 1. *Patrimonialia*, quae clericis aliunde, quam ratione beneficii, vel officii, aut ministerii ecclesiastici, v. g. ex haereditate, legato, donatione, contractu, usucapione, labore, vel industria obvenerunt, ut si clericus sit musicus, pictor, sculptor etc. et ex hac arte sua lucrum faciat.

2. *Quasi patrimonialia*, quae acquiruntur clericis quidem ut talibus, sed tamen intuitu sui laboris v. g. concionando, legendo sacra, confessiones audiendo etc. Huc revocantur funeralia, et caeteri reditus, qui *stolae* dicuntur: item distributiones quotidianae, quae dantur iis, qui officiis divinis intersunt: et denique illa, quae de congrua sustentatione ex proventibus beneficialibus sibi debita frugalius vivendo comparserunt, et *parsimonialia* appellantur.

2

3. *Ecclesiastica*: quae duplicis generis sunt: nam aliqua ex his tribuuntur clericis; alia sunt, vel etiam manent penes ecclesias, monasteria, et alia pia loca, quibus ea fidelium liberalitate donata sunt. Priora *beneficialia* dicuntur, et sunt reditus, seu pro-

ventus annui, quos clerici ratione alicujus dignitatis, vel beneficii ecclesiastici, in titulum collati, percipiunt. Posteriora simpliciter *ecclesiastica* appellantur, et sunt bona, ac res mobiles, vel immobiles ipsarum ecclesiarum, aliorumque locorum sacrorum, et religiosorum, quibus clerici serviunt, vel praesunt, impendenda in eorum fabricam, ministrorum salaria, eleemosynas pauperum, infirmorum curam etc. quibus accensentur villae, praedia et fundi, ex quibus reditus beneficiales proveniunt.

3

Quaeritur 2. quis dominium bonorum ecclesiasticorum, a beneficialibus distinctorum, habeat? Innocent. *in cap.* 3. *de caus. poss. et propr. n.* 3. Navar. *comment. de spoliis* §. 2. *num.* 3. Donat. *prax. regul. tom.* 1. *p.* 2. *tract.* 14. *quaest.* 27. *n.* 1. dominium istorum Christo tribuunt. *Fundantur* 1. variis textibus juris pontificii, quibus vocantur pecuniae Christi; *can. qui Christi* 1. *et can. qui abstulerit* 6. *caus.* 12. *quaest.* 2. Christi patrimonium *cap. cum secundum* 16. *de praebend. et cap. cum ex eo* 34. *de elect. in* 6. Res Dei; Trid. *sess.* 25. *cap.* 1. *de reform.* ibi, *nec res ecclesiasticas, quae Dei sunt etc.* 2. quia hujusmodi res, et bona a fidelibus Deo, et Christo Domino in cultum divinum, et beatorum coelitum honorem offeruntur, et dicantur; *can. res ecclesiae* 26. *caus. cit. quaest.* 1. 3. accedit communis sensus, et vox fidelium, dicentium, quod ecclesiarum bona, et proventus spectent ad sanctum, vulgo *dent. deiligen*, in cujus venerationem ecclesia consecrata est: et hinc eorum administratores *die deiligen-afleger* appellantur.

4

Sed his non obstantibus, communis est sententia cum Cajetan. 2. 2. *quaest.* 47. *art.* 1. quod dominium particulare ejusmodi bonorum ecclesiasticorum sit penes ipsas ecclesias, sive collegia, et capitula clericorum; aut ubi talia non sunt, penes communitatem fidelium ad ecclesiam spectantium, si ecclesia sit saecularis; si vero regularis, penes ipsa monasteria, seu conventus, et communitates religiosorum, si illa dominii sint capacia. De *monasteriis, eorumque ecclesiis* patet ex *can. non dicatis* 11. *caus.* 12. *quaest.* 1. *can. quoniam* 68. *caus.* 16. *quaest.* 1. et diserte traditur a trid. *sess.* 25. *cap.* 3. *de regular.* De *ecclesiis* saecularibus videtur sumi ex variis textibus, maxime vero ex *cap. quorundam* 1. *de testam.* ubi Gregorius IX. vel potius I. ut *ibidem* notat Gonz. *n.* 1. ad Antonium, vel potius Anthemium Campaniae archidiaconum rescribens, *quidquid*, ait, *ecclesiae ante ipsius consecrationem fuisse cognoverit, vel in episcopatus ordine praedictum episcopum acquisivisse, in ejusdem ecclesiae dominio conservetur. Ratio* de utrisque est, quia

ejusmodi res, et bona fidelium liberalitate oblata, et donata sunt ipsis ecclesiis, quamvis cum onere eas non nisi in ecclesiae, vel monasterii necessitates, et utilitates, atque ad cultum divinum, salutem animarum, egentium alimenta etc. expendendi.

5

Dixi: *dominium particulare*, nam dominium universale in omnium ecclesiarum, et monasteriorum bonis ecclesia universalis habet. Addidi, *dominium hoc particulare*, *si ecclesia sit regularis*, *esse penes ipsa monasteria*, *si haec dominii sint capacia*; nam si incapacia sint dominii, dominium etiam particulare rerum ipsis oblatarum erit penes sedem apostolicam, vel ut gloss. *in cap. causa* 13. *V. ecclesiam de V. S.* habet, penes ipsum locum sacrum, seu religiosum, tanquam personam fictam, eo modo, quo dominium bonorum defuncti, ne vacantia censeantur, fingitur esse penes haereditatem, donec haeres aditione ejusdem dominus eorum fiat.

Argumenta in contrarium allata vim minorem, quam speciem habent; nam *ad* 1. ejusmodi res dicuntur *pecunia*, *bona*, *patrimonium etc. Christi*, non quod in ejus speciali dominio sint, sed quod ejus intuitu donatae sint ecclesiis, et monasteriis. *Ad* 2. id solum indicat onus, et obligationem ejusmodi res, et bona non aliter, quam ad cultum divinum impendendi. *Ad* 3. non minus usu receptae sunt phrases, quibus eadem bona dicuntur pertinere ad ecclesiam, vel monasterium: et hinc administratores illarum vulgo *Kirchen-Pfleger*, *Kirchen-Prebst etc.* nuncupantur.

6

Quaeritur 3. penes quos sit dominium bonorum, quaė sunt patrimonialia, vel quasi patrimonialia clericorum? Resp. Est penes ipsos clericos. Et quidem quod *bonorum patrimonialium* vere domini sint, et cons. de iis libere disponere possint tam inter vivos, quam per ultimam voluntatem, constat ex *can. episcopi* 19. *et seqq. caus.* 12. *quaest.* 1. *can. quicunque* 2. *ead. caus. quaest.* 3. *cap. quorundam* 1. *et cap. quia nos* 8. *de testam. Ratio est*, quia per ordinis, vel clericatus assumptionem non fiunt incapaces dominii, neque eo se abdicant, aut a jure privantur, cum proprium habere diserte permittantur; *can. serte ego* 18. *caus. cit. quaest.* 1. Idem dicendum de *quasi patrimonialibus*, ut cum S. Thoma communis TT. et canonistarum habet. *Ratio est*, quia dantur clerico, tanquam merces laboris, et operis praestiti, sine ullo gravamine, aut onere expresso, vel tacito. *Neque refert*, quod haec stipendia laborem, et operam praestitam interdum excedant; quia libere, et absolute a fidelibus ipsis donantur.

7

Dubitari potest de *distributionibus quotidianis*. Navarr. *de eccl. redit. quaest.* 1. *monit.* 30. *num.* 2. negat clericis istarum dominium ex ratione; quia non minus ipsae, quam reditus beneficiales acquiruntur ecclesiae intuitu; imo his subrogantur, et ex trid. decreto *sess.* 21. *cap.* 3. *de reform.* in ecclesiis, in quibus non sunt speciales distributiones quotidianae, ex praebendarum proventibus sunt detrahendae: et quod plus est, aliquando in ipsis solis praebendae consistunt, ut colligitur ex *cap. olim* 16. *de V. S.* atqui ex doctrina Navarri clerici non habent dominium redituum beneficialium: ergo nec distributionum.

Sed etsi redituum beneficialium, quos *fructus grossos* appellant, domini non forent clerici (de quo tamen contrarium *infra n.* 9.) dicendum tamen, quod distributionum quotidianarum plenum, ac liberum acquirant dominium. Ita cum S. Thoma TT. et canonistae magno sensu. Sumitur indubitate ex *cap. un. de cleric. non resid. in* 6. ubi Bonifacius VIII. statuit clericos, qui divinis officiis non interfuerint, distributionum quotidianarum dominium non acquirere: igitur ab iis, qui iisdem interfuerint, acquiretur per argumentum a sensu contrario.

Ad argumentum Navarri imprimis negatur, quod distributiones dentur intuitu ecclesiae; dantur enim potius intuitu personae, et ut stipendium pro praesentia in divinis officiis: deinde non subrogantur fructibus grossis, sed potius dum ex istis pars aliqua juxta mentem trid. detrahitur, fructus grossi convertuntur in distributiones, harumque naturam induunt, quae prorsus diversa est, ut patet ex eo, quia licet in impetratione beneficii exprimendus sit valor fructuum beneficii prius obtenti, non tamen exprimendus est valor distributionum quotidianarum: denique etsi istae subrogarentur fructibus grossis, ac proinde praebendae rationem haberent, nihilominus clerici ipsarum dominium consequerentur, cum etiam fructuum beneficialium, ut mox videbimus, dominium sibi acquirant.

8

Quaeritur 4. an clerici saeculares sint domini bonorum beneficialium, seu redituum, quos ex beneficiis suis ecclesiasticis annuatim percipiunt? Negant complures, praesertim antiqui; alii distinguunt, et concedunt id quidem de iis, quae sustentationi ipsorum congruae sunt necessaria; negant de iis, quae redundant, et superflua sunt. Utraque sententia iisdem fere argumentis nititur. 1. variis juris canonici textibus, juxta quos, quidquid clerici ex ecclesiae bonis habent, patrimonium Christi, jus, et res ecclesiae, patrimonium, et res pauperum, esurientium panis, et egentium ani-

marum tributum est : atqui ejusdem rei dominium , saltem stabile , et permanens , penes duos simul esse non potest : ergo clerici redituum beneficialium non erunt domini. 2. clerici , qui ejusmodi res et bona in usus profanos expendunt , furtum , rapinam , et sacrilegium committunt; *can. clericos* 6. *caus.* 1. *q.* 2. *can. qui Christi* 1. *caus.* 12. *q.* 2. atqui nemo dominus rei suae furtum committit, sed alienae : ergo etc. 8. iisdem *can. quisquis* 19. *caus.* 12. *q.* 2. *et cap. fraternitatatem* 2. *de donat.* vocantur dispensatores tantum, et administratores : igitur non sunt domini ; 4. non possunt etiam de reditibus his libere , et ad quascunque , sed pias solum causas disponere , vel testari , prout dicetur *infra n.* 19. *et tit. seq. n.* 82. atqui hoc repugnat naturae dominii ; quia qui dominium habet, vi illius liberam habet facultatem disponendi de rebus suis : ergo etc.

9

Sed dicendum , probabilius clericos beneficiarios saeculares habere perfectum dominium redituum beneficii sui , non tantum quoad partem , quae ad congruam ipsorum sustentationem , et status decentiam conservandam est necessaria , sed etiam quoad eam , quae redundat , et superflua est. Ita communis TT. et canonistarum RR. cum s. Thom. 2. 2. *q.* 185. *art.* 7. *in corp. colligitur* 1. ex Trid. *sess.* 23. *cap.* 1. *et sess.* 24. *cap.* 12. *de reform.* ubi statuitur, ut beneficiarii , qui absque necessitate diu absunt , aut professionem fidei intra praescriptum tempus emittere negligunt , non faciunt fructus suos : igitur per argumentum a sensu contrario ii, qui praesentes sunt , et professionem statuto tempore faciunt , fructus illos faciunt suos , et quidem omnes, cum nulla fiat exceptio : atqui fructus suos facere , eosque lucrari aperte significat acquisitionem dominii : ergo etc. 2. *ex can. quatuor* 17. *caus.* 12. *q.* 2. ubi refertur divisio redituum , et oblatorum ecclesiis jam dudum ante facta in quatuor partes , quarum una sit pontificis (i. e. episcopi) altera clericorum, tertia pauperum , quarta fabricae applicanda : atqui hoc loco nulla fit exceptio redituum superfluorum , sed integra quarta adjudicatur clericis : ergo etc. 3. *ex cap. pervenit* 2. *de fidejussor.* ubi praecipit summus pontifex , ut creditoribus clerici satisfiat ex reditibus beneficiorum : atqui si dominium istorum non haberent, injuste ex his iisdem satisfieret , cum creditori satisfacere debitor ex alienis nequeat : ergo etc. 4. *ex constitutione Julii III.* incipit *cum sicut edita* 4. *julii* 1550. ubi expresse ait pontifex , *pecunias , et alias res , occasione ecclesiarum , et beneficiorum ecclesiasticorum pro tempore provenientes , postquam ad manus beneficiatorum pervenerunt etc. non ulterius in ecclesiasticis , sed potius ipsorum beneficiatorum propriis , et ab iis acquisitis bonis judicari* , *et propterea*

quodammodo pro saecularibus , et profanis haberi etc. 5. *ex ratione* , quia non constat, quod fundatores , et alii fideles voluerint, aut velint clericis reditus istos obvenire solum ut usurariis , et administratoribus : ergo in hoc dubio melior est conditio possidentium, et stat pro iisdem praesumptio dominii ob paritatem cum operariis, et officialibus ecclesiarum profanis , qui quantumvis liberalissima aliquando stipendia pro labore suo assignata habeant, ea tamen omnia sua faciunt. 6. denique si clerici bonorum, et redituum suorum ecclesiasticorum non essent domini , sed usuarii , et administratores tantum , ecclesia illos , qui male ea expendunt , et eos , qui sic expensa accipiunt , cogere deberet , et posset ad faciendam restitutionem : quod non facit.

10

Argumenta in contrarium allata non sunt efficacia. *Ad* 1. Bona ecclesiastica a ss. PP. et canonibus vocantur *bona Dei;* quia sunt destinata tum ab ecclesia , tum a donatoribus , ut ad honorem , et cultum Dei impendantur : *patrimonium Christi* dicuntur ; quia propter Christum , et hujus amore donata sunt : *bona pauperum* denique : quia clerici ex his nutriuntur , qui antiquitus dominium in particulari nullum habebant , sed vere tunc pauperes fuerant : quodsi de veris pauperibus , et relate ad nostra tempora velis textus istos intelligi , ecclesiastica bona dicuntur bona pauperum , quia , ut *infra n.* 19. dicetur , pauperibus eroganda sunt , si sint superflua . *Ad* 2. dum dicitur , quod clerici , qui ecclesiasticos proventus male expendunt , vocentur fures , et latrones , vel referri debet ad ea tempora , quibus nondum fundata erant beneficia, sed clerici in commune vivebant ex gratuitis fidelium eleemosynis : vel si velis , intelligendum esse etiam de clericis nostri temporis, dicendum est , textus *cit.* aut tantum loqui de bonis ipsarum ecclesiarum , quae in profana expendendo vere fiunt fures , cum dispensatores eorum duntaxant sint, non vero domini; aut exagerationem oratoriam esse , sed justam , quali etiam in avaros laicos ss. PP. aliquando invehi consueverunt , quod ab ipsis negligerentur pauperes , in extrema , aut valde gravi necessitate constituti. Et in hoc sensu s. Hieronymus , prout refertur *can. hospitalem dist.* 42. etiam de laicis , *aliena* , inquit , rapere convincitur , qui ultra necessaria retinere probatur. *Ad* 3. etiam administrator , et dispensator quis esse bonorum sibi propriorum potest ; et in hoc sensu dicitur prodigis declaratis administratio bonorum interdicta : vel si contendas id intelligendum de administratione , et dispensatione bonorum alienorum , dic clericis illam competere respectu bonorum simpliciter ecclesiasticorum, quae sc. non ad clericos , sed ad ecclesiam jure proprietatis pertinent.

Ad 4. quod clerici de reditibus a se perceptis libere testari nequeant, non est defectus dominii; nam etiam pupillus bonorum suorum vere est dominus, licet potestate testandi careat: sed causa est, ut dum vivunt, in pauperes, et causas pias, quod sibi superest, erogent, et non intendant acervare opes contra obligationem, sub qua dantur eisdem ecclesiastici reditus.

11

Quaeritur 5. ad quem pertineant res a praelatis ecclesiarum, vel aliis clericis beneficiatis emptae? Resp. cum distinctione: vel enim praelatus, aut beneficiarius emit res istas ex bonis suis patrimonialibus, aut quasi patrimonialibus; vel contra emit illas ex ipsarum ecclesiarum bonis, quorum solam administrationem habet; vel denique ex reditibus ecclesiasticis superfluis sustentationi suae.

Si primum, non est dubium, quin res emptae ad praelatum, vel beneficiarium emptorem spectent; in hoc enim clerici non sunt deterioris conditionis, quam laici.

Si secundum, res ab eo emptae acquiruntur ecclesiae, ex cujus bonis sunt emptae, ita, ut ab hac vindicari possint, quantumvis emptae essent, non ecclesiae, sed proprio praelati, vel clerici, imo alieno alicujus consanguinei, aut amici nomine, ut habetur *cap. investigandum* 1. *cap. presbyter* 2. *et cap. inquirendum* 4. *h. tit. Ratio est*, quia ecclesia hujusmodi emptionem factam praesumit, vel si aliter facta sit, ratam solum habet in commodum ipsius ecclesiae, ex cujus bonis facta est emptio.

12

Si tertium, et emptio facta est ex reditibus superfluis accommodatis praelato, vel clerico beneficiario, dissident inter se DD. nam gloss. *in can. placuit* 1. *caus.* 12. *q.* 3. Turrecrem. *ibid.* Sarmient. *p.* 3. *cap.* 2. Pirh. *hic n.* 19. *et seq.* dicunt illas acquiri ecclesiae, non emptori, videturque hoc colligi ex *can. placuit cit. can. fixum* 4. *caus. cit. q.* 5. *cap. presbyter* 2. *et duob. seq.* juxta quos textus a clerico aliunde, quam ex patrimonio proprio quaesita bona ecclesiae esse debent.

Sed probabilius dicendum ea, quae a praelato, vel alio beneficiario ex reditibus ecclesiasticis sibi appropriatis non ecclesiae, sed suo nomine empta sunt, non ecclesiae, sed ipsi praelato, et clerico emptori acquiri: estque perinde, sive res empta sit mobilis, ut equus, vestis, libri, sive immobilis, ut domus, horti, vineae etc. Ita Navar. *de reditib. eccl. q.* 1. *monit.* 47. Azor. *p.* 2. *l.* 7. *cap.* 10. *q.* 1. et communis aliorum. *Ratio est*, quia cum clerici, ut *n.* 9. dictum est, sint domini redituum suorum ecclesiasticorum, non est ratio, cur non etiam fiant domini eorum, quae ex iis com-

pararunt, cum juxta regulam *cap. ecclesia* 3. *ut lit. pend.* subrogatum sapiat naturam ejus, qui subrogatur. Accedit, quia *ex constit. Pauli IV. edita* 25. *octob.* 1556. *et Pii IV. edita* 3. *aprilis* 1560. hujusmodi bona accensentur spoliis clericorum, et cedunt camerae apostolicae: quod utique non fieret, si eorum dominium esset penes ecclesiam.

Neque obstant textus in contrarium allegati; quia intelligendi sunt vel de rebus emptis ex bonis ipsarum ecclesiarum, vel de emptis quidem ex beneficialibus bonis, ecclesiarum tamen nomine. Non male etiam sentiet, qui dixerit intelligendos esse solum de episcopis, et clericis, qui proprios, et a reditibus ecclesiarum distinctos proventus beneficiales non habent; aut si tales habent, dicendum est, ex ipsis empta ideo relinquenda esse propriae ecclesiae, quia clerici de jure communi testandi facultatem non habent.

13

Quaeritur 6. inter quae bona connumerari debeant, quae donata, vel testamento relicta sunt episcopo, parocho, aut alii clerico administratori ecclesiae? Resp. id pendere ex intentione donatoris, vel testatoris; nam si iste principaliter donare, vel relinquere voluit ipsi ecclesiae, donum vel relictum cedit ipsi ecclesiae: si vero personae episcopi, aut parochi, cedit personae ejusdem, et peculio patrimoniali illius miscetur; *cap. requisivisti* 15. *de testam.*

Difficultas est, quid judicandum sit, quando dubium est, qua intentione donator donationem, vel testator legatum fecerit? Resp. Tunc recurrendum est ad conjecturas, quae duplex est: una se tenet ex parte rei donatae, vel legatae, altera ex parte donatarii, vel legatarii. *In prima* observandum est, qualis sit res donata, vel legata; nam si illa conveniat usui ecclesiastico, ut si calix, patena, vel alia similis res donata, aut legata est, praesumendum, donum, aut legatum factum esse intuitu, et favore ecclesiae; secus, si personae magis conveniat, ut vestis quotidiana etc. Menoch. *l.* 3. *praesumpt.* 27. *n.* 3. *et l.* 4. *praesump.* 112. *n.* 8. *et* 9. Konig *hic n.* 4.

14

In secunda videndum,, an donatio, vel legatum factum sit praelato, vel alteri beneficiario, habenti administrationem bonorum ecclesiae, an vero alteri clerico, nullam administrationem habenti. *Si hoc secundum*, et e. g. aliquis ex canonicis instituatur haeres, vel aliquid ei legetur, ita legatum aut relictum censetur legatum, vel relictum ipsi canonico tanquam amico, non vero ecclesiae. *Si primum*, distinguendum, an hujusmodi donatio, vel legatum fiat personae extraneae, an vero conjunctae, aut bene meritae de donatore, vel testatore; in priore enim casu praesumitur donator, vel testator

respexisse ecclesiam, in secundo personam ipsius donatarii, vel legatarii; *cap. requisivisti cit. de testam.* Abb. *ib.* Corras. *l.* 2. *miscel. cap.* 4. Menoch. *praes.* 27. *cit. n.* 3. *et* 4. Barb. *de offic. episc. alleg.* 117. *n.* 14. *et* 15. Konig *hic l. cit.*

15

Quaeritur 7. cui bonorum generi, patrimonialium, an ecclesiasticorum, accensenda sint bona relicta a clerico, de quibus dubium est, quo titulo illa acquisiverit? Resp. distinguendo: vel enim constat quod ejusmodi clericus praeter beneficii sui fructus aliunde aliqua acquisiverit ex patrimonio, aut industria sua, vel de hoc non constat. *Si primum,* praesumendum est, quod fructus beneficii applicarit ad sustentationem suam, bona relicta autem patrimonialia, vel industralia sint, ad quae proinde haeredes ejusdem ab intestato venientes jus habeant. *Si secundum*, praesumendum est ea titulo ecclesiae, aut beneficii acquisita esse: proinde ecclesia illa sibi vendicare post mortem clerici potest, nisi aliud haeredes ejusdem probaverint; non facile enim clericus aliter quid potest acquirere, ne gravi praesumptione oneretur; *can. sicut* 21. *caus.* 12. *q.* 1. Covar. *in c.* 1. *de test. n.* 9. *et seq.* Konig *n.* 7.

16

Idem dicendum, quando constat, quod clericus aliquid emerit, dubium autem est, an illud emerit ex bonis patrimonialibus, an vero ex beneficialibus; vel enim is habuit patrimonium aliquod proprium, vel nullum, vel admodum tenue. *Si primum*, praesertim si hoc amplum fuit, reditus vero beneficii tenues, et congruam sustentationem non excedentes, res a beneficiario, vel praelato empta praesumitur empta ex patrimonio proprio. *Si secundum*, *aut tertium,* praesumitur empta ex reditibus sui beneficii; alio enim modo peculium, quo ejusmodi res sibi compararet, honeste obtinere non potuit.

§. III.

Quomodo expendere clericus bona, quae sub dominio illius sunt, licite possit?

SUMMARIUM

17

Quaeritur 1. quomodo clericus expendere possit bona sua patrimonialia, vel quasi patrimonialia? Resp. Haec expendere potest in quoscunque usus honestos, etiam profanos; quia ut dictum est *n.* 6. horum bonorum clericus plenum dominium habet, idque nullo modo ligatum. Idem dicendum de *parsimonialibus*; quae parcius vivendo corrasit clericus; ut cum Covar. Navar. et aliis contra Ab. Zoes. et nonnullos advertit Azor. *p.* 2. *lib.* 7. *c.* 9. *q.* 5. Imo si ex his suis patrimonialibus bonis, vel quasi patrimonialibus, aut ecclesiasticis necessariis ad sustentationem congruam aliquid expenderit ad causas pias, potest postea compensationem sibi facere ex reditibus beneficialibus sustentationi suae superfluis.

18

Proceditque hoc, etsi non habuerit animum compensandi; imo si habuerit animum contrarium non compensandi, ut contra Palao, et alios cum communiore observat Lug. *to.* 1. *de just. D.* 4. *n.* 92. *Ratio est*, quia praecepto satisfit, quando ponitur opus praeceptum, ut patet in exemplo praecepti de audienda missa die festo, cui satisfacis, modo missae interfueris humano modo, etsi animum non habueris satisfaciendi per ejus auditionem praecepto ecclesiae: ergo etiam non obstante illa voluntate compensationis non faciendae, ve-

re jam satisfactum est praecepto, ut adeo non tenearis de fructibus beneficii erogare id, quod jam erogasti ex patrimonialibus tuis, sed possis illos tibi reservando compensationem facere patrimonialium tuorum, ex quibus obligationi, quae ratione fructuum beneficii tibi incubuit, jam satisfecisti.

19

Quaeritur 2. quomodo expendere clericus debeat bona beneficialia congruae sustentationi superflua? Resp. Obligatur expendere illa in pauperes, vel alias causas pias, et quidem sub culpa ex genere suo mortali, nisi aliunde illi ab hac obligatione debeatur immunitas, Ita communis omnium TT. et canonistarum. Colligitur ex trid. *ses.* 25. *c.* 1. *de ref.* ubi interdicit episcopis, ne ex reditibus ecclesiae consanguineos, aut familiares suos augere studeant, sed si pauperes sint, iis ut pauperibus distribuant: et paulo post idem extendit ad omnes, qui habent beneficia ecclesiastica.

20

Dixi 1. *Bona ecclesiastica congruae sustentationi superflua*. Porro nomine *sustentationis congruae* intelliguntur communiter ea, quae necessaria sunt, ut clericus honeste vivat juxta conditionem status, gradus, qualitatis, et regionis, in qua clericus commoratur: adeoque intelligitur etiam moderata convivia, largitiones moderatae, etiam divitibus factae tum ex gratitudine, tum ex benevolentia. Atqui hinc

21

Infertur 1. congruam sustentationem non consistere in indivisibili, sed sicut in pretiis invenitur supremum, medium, et infimum, sic in congrua sustentatione inveniri posse eosdem gradus: et idcirco, ut recte Navar. Molin. Lugo inferunt, si infimum sustentationis congruae respectu talis beneficiarii essent 800. aurei, medium 900. supremum 1000. posset ille, qui solum insumpsit 800. reservare sibi 200 alios, qui supersunt usque ad 1000. et de his disponere, prout voluerit.

Infertur 2. congruam sustentationem istam non esse aequali valore pro omnibus taxandam, sed respiciendam imprimis qualitatem beneficii; quod enim sufficit parocho rurali, non sufficit canonico cathedralis ecclesiae, et quod huic sufficit, non sufficit episcopo: deinde attendi debet ad qualitatem; et usum regionis; nam quod in uno loco sufficit, non sufficit in altero: denique attendi etiam debet ad qualitatem personae; nam ratione nobilitatis, doctrinae, ac meritorum crescit mensura sustentationis congruae, ut desumitur ex *cap. de multa* 28. *de praeb. et extr. execrabilis Joannis XXII. eod.*

Infertur 3. regulam securiorem et meliorem assignari non posse, quam praxin illorum, qui timoratae conscientiae sunt, et in eo-

dem dignitatis gradu. Hinc tuto expendere potest canonicus pro sustentatione sua, quod videt expendere alios pios, et timoratos canonicos ejusdem ecclesiae: et sic de ceteris.

22

Dixi 2. *Sub culpa, ex genere suo mortali*; nam ita textum trid. explicant DD. *Limita*, si in gravi quantitate; quia culpa, quae sic committitur, admittit parvitatem materiae.

Porro quaenam sit materia notabilis, et tanta, ut eam ex superfluis expendendo in causas profanas clericus peccet mortaliter, variae sunt DD. sententiae; Hurtad. *D.* 160. *de charit. s.* 15. §. 105. *et seqq.* quem refert, et sequitur Diana, putat universaliter quemlibet ecclesiasticum, etiam ditissimum, satisfacere obligationi suae, si seclusis necessitatibus gravibus, eroget in communibus necessitatibus quartam partem redituum, vel dimidium illius, quod remanet sustentationi congruae. Lugo existimat sententiam hanc esse nimis laxam: hinc dicit eam materiam in praesenti quaestione censeri posse etiamnum levem, qua sola retenta, expensis reliquis, moraliter adhuc existimari possent expensi esse omnes reditus superflui: talem autem quantitatem ipse putat esse vigesimam partem redituum superfluorum, eo quod tam parum haberi possit pro nihilo.

23

Ego judico in re ista regulam universalem statui nullam posse, sed determinationem relinquendam esse prudentum arbitrio, qui spectatis tum reditibus beneficii, tum beneficiatorum nobilitate, laboribus, meritis etc. statuant, quando erogatio in usus profanos sit mortaliter peccaminosa. Hoc certum est, ut peccetur mortaliter, plus requiri, quam ceteroquin in materia furti ad peccatum mortale sufficiat; neque enim adeo stricte censeri debet ecclesia velle obstringere, cum clerici etiam superfluorum, ut dictum est, domini sint.

24

Dixi 3. *In pauperes, vel alias causas pias. Pauperum* nomine veniunt hic non solum illi, qui non habent necessaria ad vitae conservationem, sed etiam, qui non habent necessaria ad statum suum conservandum, et secundum quid pauperes sunt.

In specie potest clericus. 1. Ex iis solvere non tantum sua, sed etiam consanguineorum suorum debita, quamvis contracta ob finem profanum, si aliunde solvere ista vel ipse, vel isti nequeant.

25

2. Potest ex his reditibus juvare eosdem consanguineos, uti etiam familiares, ut secundum decentiam status sui vivere, non vero, ut ad majorem splendorem illum possint attollere.

3. Potest fratri, vel consanguineo suo subministrare sumptus ad studendum litteris, vel addiscendam artem.

4. Potest dotare ex iis puellas, ut contrahere matrimonium possint, quod statum ipsarum deceat etc.

5. Potest ex iis alere liberos suos, non solum, quos ex legitima uxore suscepit ante clericatum, sed etiam quos post illum suscepit illegitime, seu spurios. De quibus vide Laym. *l.* 4. *tr.* 2. *c.* 3. *prope fin. et duob. seq.* Pirh. *hic n.* 15. Vviest. *n.* 43. et alios ab his *citt.*

Ceterum quamvis absolute clericus erogare bona superflua possit in pauperes, et pias causas quascunque, decet tamen, ut potius succurrat pauperibus suae ecclesiae: imo in gravi necessitate omnino tenetur succurrere his prae aliis; sicut enim ante distributionem bonorum ad hoc tenebatur ipsa ecclesia, ita cum distribueret bona sua in clericos, hoc onus una cum bonis in eosdem transtulit.

26

Quaeritur 3. unde proveniat obligatio clericis imposita ad eroganda sustentationi suae superflua in causas pias? Quatuor sunt sententiae: quarum *prima* vult obligationem istam oriri ex virtute charitatis. *Secunda* ex virtute religionis. *Tertia* ex justitia. *Quarta* ex praecepto tantum positivo ecclesiae. Et hinc

Dub. 1. an obligatio haec expendendi superflua in causas pias oriatur ex virtute charitatis, et misericordiae? Ita quidem affirmant aliqui ex ratione, quia cum clerici ratione gradus sui sint patres, et tutores pauperum, speciali obligatione charitatis prae laicis videntur obstringi, ut his succurrant ex bonis suis.

27

Sed etsi omnino deceat ob rationem datam, ut clerici magis, quam saeculares sint liberales in pauperes, ex hac tamen speciali professione curae, et tutelae pauperum non sequitur, quod ex virtute charitatis adeo stricte, et graviter obligentur, ut aliter expendendo superflua peccent mortaliter; nam 1. lex charitatis, et misericordia, ut cum s. Thom. 2. 2. *q.* 32. *art.* 5. communiter docent TT. non obligat sub mortali ad subveniendum pauperibus, nisi in extrema, vel saltem gravi necessitate constitutis. Atqui potest fieri, ut in aliquo loco, vel provincia nulli sint pauperes, qui gravem necessitatem patiuntur, vel si sint, ut illis per magistratum, vel per alios jam sit provisum. Igitur tali casu clerici ex charitate, et misericordia non obligabuntur superfluos reditus erogare in pauperes: peccant autem et hoc casu graviter, si eos expendant in usus profanos: ergo contra aliam legem, quam charitatis, et misericordiae. 2. Ob circumstantiam personae, et status non augetur

peccatum contra misericordiam, ut quod in laico tantum est veniale, in clerico fit mortale, ut docet s. Thom. 2. 2. *q.* 186. *art.* 10. atqui laici, licet aliquando abundantiores reditus habeant, quam clerici, non tamen peccant mortaliter contra charitatem, et misericordiam, si dempto extremae, vel gravis necessitatis casu, superfluos reditus expendant aliter, quam in pauperes: ergo nec clerici. 3. Clerici satisfaciunt obligationi suae expendendo reditus suos superfluos in alia, quam charitatis, et misericordiae opera, v. g. in cultus divini augmentum, in fundationem beneficii, vel altaris, et similes usus.

Ex quo cadit argumentum contrarium; nam quod clerici ratione gradus sui sint patres, et tutores pauperum, ut dixi, decentiam quidem indicat, non vero obligationem; alias non tantum bona ecclesiastica, sed etiam patrimonialia tenerentur in usus pios expendere, cum hoc sanctitas status non minus suadeat, quam alterum.

28

Dub. 2. an obligatio ista oriatur ex virtute religionis? Affirmat Lugo *tom.* 1. *de J. et J. D.* 4. *s.* 2. *n.* 16. cum pluribus aliis. *Fundantur*; quia ad religionem augendam, et cultum divinum promovendum fundatores beneficia, et illorum reditus ordinarunt. Igitur ne huic fundatorum suorum intentioni beneficiarii contraveniant, tenebuntur id, quod sibi superfluum est, ad divinum cultum impendere. Hoc faciunt, si erogent in causas pias: ergo etc. *Conf.* reditus ecclesiastici, ut trid. loquitur, sunt res Dei. Has autem indecens, et turpe est aliter expendere, quam in usus pios, et Deo, ad cujus honorem donata sunt, gratos. Igitur etsi ejusmodi res sine ullo pacto, et conditione donatae essent, qualitas tamen earum prohibet eas expendi in usus profanos, et sic peccatur adversus religionem.

29

Sed dicendum, quod obligatio haec etiam non oriatur ex virtute religionis. *Ratio est* 1. quia reditus beneficiales in se non sunt res sacrae, vel benedictae, sicut sunt calices; ceteraque vasa, et vestimenta sacra, sed mere temporales, sicut bona, et reditus laicorum. Igitur non apparet, quare abusus illorum ad causas profanas sit peccatum grave adversus religionem, 2. Si applicatio superfluorum redituum ad causas profanas adversaretur religioni, eidem etiam adversaretur insumptio parsimonialium, et quasi parsimonialium ad causas profanas; nam ejusdem naturae, et rationis sunt cum reditibus beneficialibus superfluis. Sequelam ipsi etiam adversarii negant: ergo etc. 3. Si titulo religionis, adeoque ex praecepto naturali obligatio ista descenderet, non apparet, quomodo pontifex clericis dare facultatem ad causas profanas testandi possit, ut aliquibus dedit ju-

lius III. et Paulus V. item quomodo ea facultas induci possit per consuetudinem, quae tamen consuetudo datur, et ab ecclesia toleratur multis in locis, teste Barbos. *l.* 3. *jur. eccl. c.* 17. *n.* 67.

30

Ad argumentum adversariorum dico piae intentioni fidelium jam satisfieri, dum ejusmodi reditus distribuuntur clericis, ratione eorum obligatis ad officium, et servitium divinum; hoc enim, et non plus fundatores intendisse per donationem a se ecclesiae factam probari potest. *Ad Conf.* ex ea solum sequitur, quod bona illa, dum adhuc sunt in potestate ecclesiae, impendi debeant in cultum divinum; nam eo usque sunt bona Dei: at si erogata aliquando in clericos sint, bona Dei, et ecclesiae esse desinunt, et incipiunt esse bona propria clericorum; nam eodem modo dantur clericis reditus isti, sicut stipendium suum datur cantoribus, et aliis ecclesiae ministris laicis, et discrimen solum est, quod istis detur titulo officii temporalis, clericis autem titulo obsequii, et muneris spiritualis. Atqui cantores, et similes ministri laici non tenentur expendere reditus suos in causas pias: ergo nec clerici, secluso alio praecepto.

31

Dub. 3. an clerici beneficiarii superfluos congruae sustentationi reditus teneantur expendere in pauperes, vel alias causas pias ex obligatione justitiae? Affirmat Navarr. *tr. de redit. eccl. q.* 2. *monit.* 7. *n.* 1. Tann. *tom.* 3. *D.* 4. *just. q.* 6. *dub.* 8. *n.* 215. Laym. *l.* 3. *tr.* 2. *c.* 3. *n.* 3. et inclinat in eam sententiam Pirh. *hic n.* 6. *et seq.* ubi dicit eam esse omnium fere canonistarum, et plurimorum TT. Nituntur 1. authoritate complurium textuum juris canonici, et praecipue decreto Trid. *sess.* 25. *c.* 1. *de reform.* ubi res ecclesiae dicuntur esse vota fidelium, pretia peccatorum, et patrimonia pauperum, ac propterea, quod congruae clericorum sustentationi superfluum est, jubetur expendi in causas pias; atqui decretum istud haud aequum foret, si clerici beneficiarii nullo justitiae titulo ad faciendum hoc tenerentur, sicque dominium redituum suorum haberent omnino absolutum; quia is, qui absolute dominus est, rerum suarum moderator est, et de iis suo arbitratu potest disponere. 2. DD. omnes fatentur, clericos beneficiarios peccare mortaliter, si reditus beneficiales superfluos in notabili quantitate, non in pauperes, vel alios usus pios, sed in profanos expendant. Atqui si ex justitia ad hoc non obligantur, non potest ostendi, quo ex capite ad hoc obligentur. 3. Cum datur aliquid cum onere dandi illud, vel partem ejusdem alteri, ex justitia tenetur illud alteri dare, et ad restitutionem obligatur, si in alios usus expendat, vel absumat inutiliter. Atqui fideles tam abundantes reditus ecclesiasticos fundarunt, et praelatis, ac beneficiariis

assignarunt, non nisi cum onere, ut quae eorum honestae sustentationi superflua sunt, in pauperes, vel alios pios usus erogent. Igitur contrarium faciendo contra justitiam peccant, et ad restitutionem tenebuntur. 4. Clerici de bonis beneficialibus testari non possunt, aut per ultimam voluntatem de iis disponere, etiam ad causas pias, sed moriens ecclesiae, unde profecti sunt, debet relinquere, ut habetur *c. ut unusquisque* 3. *h. tit.* hujus autem prohibitionis ratio alia reddi nequit, nisi quia illa, quae intuitu ecclesiae, sive titulo ecclesiastico acquisita sunt, inter bona profectitia numerantur, ideoque post mortem beneficiarii ad ecclesiam redire debent, sicut bona profectitia filiifam. post mortem hujus ad patrem: ergo etc. 5. Si clerici beneficiarii bonorum, et redituum beneficialium absolutum haberent dominium, sine obligatione justitiae expendendi illos in causas pias, injuriam ipsis ecclesia faceret, illos reditus sibi vendicando post mortem, et potestatem testandi de illis adimendo clericis; nullus enim, qui absoluto jure est dominus bonorum sine ullo gravamine, vel onere annexo, prohibetur de illis testari, nisi ob defectum aetatis, vel judicii, aut potestatis administrandi bona sua.

32

Sed his non obstantibus dicendum: obligatio expendendi superfluos reditus in causas pias non est justitiae obligatio. Ita DD. *n.* 35. citandi. Et hinc sequitur, si clericus beneficiarius reditus congruae suae sustentationi superfluos aliter, quam ad causas pias expendat, non tamen obligatum esse ad istorum restitutionem. *Ratio est*, quia nemo cogendus est ad restitutionem alicujus rei, nisi constet esse alienam, et lege justitiae alteri debitam; nam ut communis regula habet, in dubio nemo spoliandus est jure, quod possidet. Atqui nulla ratione, vel authoritate constat beneficiarios lege justitiae obligari ad partem aliquam redituum suorum dandam alteri: ergo etc. *Min. probatur*: nam si contrarium constaret, id constaret vel ex modo donationis fidelium, vel ex dispositione ecclesiae. *Non primum*; quia non constat, quod fideles, qui haec bona contulerunt, illa donaverint sub hoc modo, et conditione: et quamvis intenderint, vel desideraverint ex superfluis ali pauperes, tamen valde est credibile, eos hanc obligationem non imposuisse, tum quia non dubitabant clericos hoc sponte facturos, tum quia molestiores, ac reverentiores erant, quam ut clericis auderent hanc obligationem imponere. *Non secundum*; quia nuspiam in ss. canonibus clare explicatur, quod ecclesia clericis imposuerit obligationem justitiae ad expendendos reditus superfluos in causas pias, et cons. restituendi illos, quos aliter, quam in praedictum finem expenderunt. Atqui oportuisset clarius explicare, si voluisset obligationem istam imponere, cum ma-

gni momenti res sit, utpote quae ad omnes beneficiarios pertinet, et summopere ad aedificationem publicam, ac pauperum sustentationem confert. *Conf.* si clerici reditus, qui congruam sustentationem excedunt, in consanguineos, et alias causas profanas conferendo peccarent contra justitiam, non solum ipsi, sed etiam ii, in quos contulerunt, obligarentur ad id, quod acceperunt, restituendum pauperibus, vel ecclesiae, imo ad hoc compellendi essent a praelatis superioribus suis ecclesiasticis: quod tamen isti sine ullo officii sui neglecti scrupulo non praestant, atque ad id ex officio praestandum se obligatos non agnoscunt: ergo etc.

33

Argumenta adversariorum non evincunt intentum. *Ad* 1. praeceptum erogandi reditus superfluos in causas pias, etsi obligationem justitiae non imponat, vel supponat, iniquum tamen nequaquam est, quia conforme est justo desiderio fidelium, servit ad disciplinam cleri, et aedificationem populi, et subsidium pauperibus affert ex iis bonis, quae sic decentius expenduntur. *Ad* 2. infra *n.* 35. dicam, obligationem istam oriri ex praecepto ecclesiae, ad id motae tum fidelium justo, ut dixi, desiderio, tum ipsa status clericalis conditione, in quo consistentes specialem pauperum curam profiteri debent. *Ad* 3. fideles bona haec, ex quibus desumuntur proventus ecclesiastici, dederunt solum cum spe, quod superfluum erogandum esset in pauperes, et non cum obligatione, ut dictum est *n. praec.* atqui spes ista justitiae obligationem non inducit: ergo etc. *Ad* 4. ratio, cur jure communi prohibitum sit clericis testari de reditibus ecclesiasticis congruae sustentationi superfluis, est, partim quia par est, ut id, quod ipsis superest, relinquatur ecclesiae, partim vero quia hac ratione avocantur a studio accumulandi divitias, et incitantur, ut in vita erogent in usus pios. Accedit, quia in multis locis, ut *titulo seq.* dicitur, defacto est consuetudo testandi apud clericos, sciente, et non prohibente magistratu ecclesiastico. *Ad* 5. non est novum, quod etiam ille, qui perfectum dominium bonorum suorum habet, testari tamen de illis nequeat, ut patet in pupillo, prodigo etc. Neque hanc facultatem negando clericis ecclesia infert injuriam, cum rationabilissime eam iisdem neget.

34

Dub. 4. an obligatio erogandi superflua in causas pias sufficienter explicetur per solum praeceptum positivum ecclesiae? Videtur non explicari sufficienter, sed in hoc ipso praecepto ecclesia supponi obligatio aliqua altior, descendens a jure naturali, et divino. 1. Quia antiqui canones, et concilium trid. se fundant in eo, quod res Dei sint, et patrimonia pauperum, sicque obligata pauperibus,

atque ad causas pias. Atqui non tantum jure positivo, sed divino, ac naturali malum est res alteri obligatas dissipare: ergo etc. 2. Si solum oritur obligatio haec ex praecepto ecclesiae, posset papa in illo dispensare, et sic dispensatus posset licite expendere reditus superfluos in causas profanas. Atqui nunquam legitur pontifex in hoc dispensasse. 3. posset etiam haec obligatio per contrariam consuetudinem tolli, sicut per eam tolli possunt alia praecepta mere humana.

35

Verum haec non obstant, quia adhuc verius sit, obligationem, quam habent clerici ad reditus sibi superfluos erogandos in pauperes, et alias pias causas, descendere ex solo jure positivo, et praecepto ecclesiae, non vero naturali, et divino. Ita Sot. *l.* 40. *de just. q.* 4. *art.* 3. Sarmiento *p.* 2. *c.* 1. *et* 2. *et p.* 4. *c.* 1. Less. *l.* 2. *de just. c.* 4. *n.* 47. Haun. *tom.* 1. *de J. et J. tr.* 4. *n.* 82. Vviest. *hic n.* 37. et TT. ac JCti RR. alii. *Ratio est*, quia non apparet, ex quo alio capite inducta sit obligatio ista; quamvis enim ecclesia ad statuendum istud praeceptum moveri potuerit, et permota fuerit, quod ejusmodi obligatio sit pio fundatorum desiderio accommodatior, aptior ad augendum cultum divinum, utilior ad retinendos in disciplina, et honestate clericos, convenientior ad aedificationem fidelium publicam, et communem etc. tamen, ut hactenus ostensum est, tituli isti non videntur adeo stricte obligare clericos, ut si aliter, quam in causas pias, dispensent superfluam portionem fructuum, propterea peccent mortaliter ob solos praedictos titulos, secluso omni praecepto positivo ecclesiae.

36

Argumenta in contrarium non sunt efficacia. *Ad* 1. jam dictum est *n.* 30. reditus istos fuisse res DEI, antequam assignarentur clericis; postquam autem assignatio ista facta est, facti sunt res propriae clericorum. Obligantur quidem quoad partem superfluam pauperibus; sed major obligatio, quam praecepti ecclesiastici non probatur. *Ad* 2. negatur, quod pontifex in hoc nunquam dispensaverit; nam ita dispensatum est cum clericis in urbe, et istius districtu ad 10. milliaria degentibus, ut disponere libere de beneficialibus possent, perinde, ut de propriis, ac patrimonialibus bonis, prout habetur in constitutionibus trium diversorum pont. Sixti IV. incipit *etsi diversis edita calend. jan.* 1474. Julii III. incipit *cupientes edita idibus maji* 1550. Pauli V. incipit *in eminenti* 18. *april.* 1606. unde potius in hoc confirmatur nostra sententia; nam si obligatio haec esset juris naturalis, vel divini, non posset in ea dispensare pontifex, utpote in lege superioris. *Ad* 3. si dispensatione haec obligatio tolli potest, etiam tolli consuetudine, saltem immemoriali potest, cum ista vim, et praesumptionem privilegii habeat.

TITULUS XXVI.

De testamentis, et ultimis voluntatibus.

Post examinatum dominium clericorum, in quibus rebus istud iisdem competat, sequitur *successio haereditaria*, et primo quidem *testamentaria*, quippe quae eminentiorem prae *legitima* sedem obtinet. Hinc sit

§. I.

De testamenti natura, origine, et libertate.

SUMMARIUM

1 *Definitio ultimae voluntatis in genere, et hujus species.*
2 *Definitio testamenti.*
3 *Originem suam debet tum juri naturali*
4 *Tum civili.*
5 *Et gentium minus proprie dicto.*
6 7 *Solvuntur argumenta opposita.*
8 9 10 *Potest testandi facultas abrogari per legem, statutum, et consuetudinem.*
11 *Gravi metu extortum subsistit jure naturali.*
12 13 *Non tamen positivo.*
14 *Idem dicendum, si testator sit dolo inductus.*
15 *Non autem, si blanditiis, precibus etc.*
16 *Nisi junctae sint circumstantiae, quae vim, metum, et dolum significent.*
17 18 19 *Cui deferatur haereditas relicta per testamentum metu, vel dolo extortum?*
20 21 *Cui, si defunctus dolose impeditus, vel prohibitus fuit, quo minus testamentum conderet, vel conditum immutaret?*
22 *Divisio testamenti in solemne, et non solemne; scriptum et nuncupativum.*

Testamentum species quaedam est ultimae voluntatis: hinc, ut cognoscatur ipsius natura, prius

I

Quaeritur 1. quid, et quotuplex sit *ultima voluntas?* Resp. *Ultima voluntas*, prout hic sumitur, *est libera, et gratuita dispositio de bonis in tempus mortis, seu post mortem*; Molin. *tr.* 2. *de J. et J. D.* 124. *n.* 1. Pirh. *hic in princ.* Vviest. *ibid. n.* 1.

Dicitur *ultima*, non quod simpliciter ultima sit, sed quod tunc primum fiat firma, et irrevocabilis, quando per mortem aufertur potestas revocandi; nam ante mortem quocunque tempore pro disponentis arbitrio revocari potest. Hinc *ambulatoria* dicitur, et primum firmari morte; quod etiam Paulus innuit, *hebr.* 9. *vers.* 17. dum, *testamentum*, inquit, *in mortuis confirmatum est; alioquin nondum valet* (seu firmum non est) *dum vivit*, *qui testatus est.* *Proceditque hoc*, etsi testator juraverit, se non revocaturum testamentum, vel ultimam voluntatem a se conditam; nam etsi eo casu revocatio sit illicita, non tamen invalida est: de quo late Lugo *D.* 24. *s.* 2. et per hoc differt voluntas ultima a dispositionibus, quae factae sunt inter vivos; nam hae statim sunt firmae, nec revocari amplius possunt, nisi ex causis approbatis a jure, ut dictum est *supra tit.* 24. *de donation.*

Species ultimae voluntatis quinque enumerantur, testamentum, codicillus, legatum, fideicommissum, et mortis causa donatio. Praecipua ex his est testamentum: ideo specialiter illius in rubrica fit mentio.

2

Quaeritur 2. quid sit *testamentum?* Resp. *Testamentum* sic dictum est a verbo *testor*, indeque derivato nomine *testamen*, vel potius *testatio;* quia testatio mentis, seu voluntatis nostrae de rebus, seu bonis nostris coram testibus declaratio est. Modestinus Jctus *l. testamentum* 1. *ff. qui testam. fac. poss.* illud his verbis definit, quod *sit voluntatis nostrae justa sententia de eo*, *quod post mortem nostram fieri volumus.*

Haec definitio aliquantum obscurior est, cum dubium relinquat, quid *justae voluntatis* nomine intelligatur. Aliqui eo nomine significari volunt quamcunque, quae legitima, et juris regulis conformis sit; alii eam esse asserunt, quae continet solemnitates praescriptas, et directam haeredis institutionem. Utrique non satis bene; quia priores testamentum non secernunt a legato, fideicommisso, codicillo, et donatione mortis causa; posteriores vero excludunt testamento inter liberos, militare, ad pias causas, et alia non solemnia.

Hinc melius *testamentum generatim acceptum*, et prout etiam minus solemne includit, codicillum vero excludit, a RR. dicitur esse *voluntas ultima*, *directam haeredis institutionem continens*; in hoc enim tam solemne, quam minus solemne testamentum conveniunt, utrumque vero a codicillo differt, quo non sit directa haeredis institutio.

3

Quaeritur 3. cui juri originem suam debeat facultas testandi? Tres sunt sententiae. *Prima* vult facultatem istam procedere a jure naturali. Ita Covar. *l.* 3. *var. c.* 6. *n.* 7. Molin. *tr.* 2. *de J. et J. D.* 124. *in fin.* Konig *hic num.* 8. et apud hos plures alii. *Secunda* originem ejus refert in jus gentium. Ita Clarus §. *testamentum q.* 2. *n.* 2. Gilcken *in l.* 1. *C. de haered. instit. n.* 8. *Tertia* contendit eam facultatem originem suam traxisse a solo jure civili. Ita Accursius, Corneus, et alii *citt.* a Clar. §. *cit.* et Haun. *tom.* 2. *de J. et J. tr.* 6. *n.* 14. Conciliari sententiae istae possunt, si singulis aliquid tribuatur. Igitur

Dico 1. consentaneum admodum rationi naturali esse, ut rata, et firma esse sinantur testamenta, et ultimae voluntates nostrae: quod fatetur Constantinus imper. *l. habeat* 1. *C. de SS. eccl.* ubi cum asseruisset omnibus liberam potestatem disponendi mortis causa de rebus suis, rationem dat; quia *nihil est, quod magis hominibus debeatur, quam ut supremae voluntatis, postquam jam aliud velle non possunt, liber sit stylus, et licitum* (Bald. apud gloss. *in l. cit. V. licitum* legit *liberum*) *quod non redit, arbitrium.*

4

Dico 2. potestatem testandi non ita esse juris naturalis, ut si lex positiva, quae defunctorum ultimas veluntates ratas haberi praecipit, deficeret, testamenta etc. firma persisterent: cujus ratio est, quia nemo potest de re aliqua disponere pro eo tempore, pro quo non habet amplius ullius rei dominium; aut jus suum transferre in alterum, pro quo tempore juris omnino incapax est: talis est dispositio testamentaria; fit enim pro mortis tempore, quo moriens juris in haec corporalia omnino incapax sit, et omnium rerum externarum amittit dominium. *Conf.* quia bona defuncti ex natura rei sunt bona vacantia, cum defunctus jus, quod in illa habuit, per mortem omne amiserit: atqui bona vacantia cedunt occupanti: igitur etiam res a defuncto relictae hoc modo occupanti cederent, non obstante voluntate defuncti, nisi lex illa roboraret. Dicendum igitur, quod ultimae voluntates defunctorum, considerata sola rerum natura, nil aliud sint, quam justum testatoris, sed infirmum tamen ex natura sua desiderium, ac proinde dominium rerum ab ipso relictarum transferre non possint, nisi lege positiva confirmentur.

5

Dico 3. facultatem testandi originem traxisse partim a jure civili, partim a jure gentium minus proprie dicto. *A jure civili* quidem, quatenus hoc jure apud aliquem populum primo testandi usus inter cives suos legibus est introductus; *a jure gentium* autem, qua-

tenus deinde aliarum gentium tam moribus, quam legibus receptus fuit. Est autem hoc jus gentium minus proprie dictum; quia ad jus gentium proprie dictum ea duntaxat pertinent, quae gentes servare tenentur inter se, et quae omnium, ac fere omnium gentium usu ad earum commune bonum, et felicitatem promovendam recepta sunt: atqui testamenti confectio, licet plerarumque gentium moribus recepta sit, ipsam tamen communis boni, et felicitatis promotionem, ac societatis inter eas conservationem immediate non respicit: ergo etc.

6

Neque obstat resolutioni huic 1. *l. fin. C. quor. bon.* ubi impp. *lex ipsa naturae*, inquiunt, consanguineos *successores facit*; nam dici potest, consanguineos lege naturae defuncto successores fieri conditionate solum, et ex supposito, si per legem positivam concedatur testamenti factio; tunc enim obligatio naturalis pietatis postulat potius bona relicta defuncti consanguineis, quam extraneis cedere.

Non obstat 2. usus antiquissimus, quo ante omnem legem civilem conditam tempore antiquorum patriarcharum, testamenti factio, quamvis non ita solemnis, ut nunc, apud omnes fere gentes invaluit; quia negari non potest, etiam prisca illa patriarcharum tempora suas habuisse leges, si non scriptas, saltem consuetudinarias, quibus introduci ab una, vel altera gente potuit testamenti factio, et deinde a ceteris recipi, sicque fieri juris gentium minus stricte dicti.

7

Non obstat 3. doctorum concors sententia, qua traditur legitimam, quatenus includit alimenta necessaria liberis, iisdem, si seipsos non possint alere, ipso naturae jure deberi; dicendum enim deberi liberis ex supposito, quod parentes eorum de bonis suis disponendi potestatem a jure positivo acceperint.

Non obstat 4. ingenita illa homini a natura propensio, qua si ante omnem particularem casum interrogati fuissent, num tribuere dominis tantam vim cuperent, ut possint de rebus suis ad animae suae salutem, et charorum sibi solatium in tempus mortis disponere, omnes profecto, saltem moratiores, et immortalitatis animae suae conscii pro simili dispositione votum dedissent; hoc enim plus non probat, quam justum desiderium, sed imperfectum, quod secutae leges perfecere, et efficax reddidere.

8

Quaeritur 4. an testandi facultas per legem, statutum, vel consuetudinem abrogari possit? Negant non pauci tum ex iis, qui

testamenti factionem juri naturae tribuunt, tum ex ceteris, qui illam gentium juri adscribunt, simili ducti ratione; quia sc. tam jus naturale, quam gentium immutabile est, et propterea humanae reformationi non subjacet: naturale quidem, quia ab altiori potestate est positum; gentium autem, quia secundum naturale dictamen, arbitraria gentium conventione inductum est, et sic obligationem justitiae parit, quae ab una sola parte, manentibus iisdem circumstantiis, non potest excuti.

9

Sed verior videtur affirmativa, quam etiam defendunt Vasq. *de success. creation. l.* 1. §. 1. *n.* 9. Ludvvell. *c.* 2. *p.* 1. *fol.* 15. Stryck. *de cautel. testam. c.* 1. §. 9. et clariss. P. Schmier *tr. de success. haered. p.* 1. *c.* 1. *n.* 38. *Proceditque hoc*, etiamsi concederetur, quod testamenti factio originem suam ex jure naturae trahat, prout concedit laudatus P. Schmier, *l. cit. n.* 12. *et seqq. Ratio est*, quia testamenti factio non est juris praeceptivi, sed permissivi tantum: atqui ea, quae juris permissivi tantum, quamvis naturalis sunt, ab humana jurisdictione infringi, vel circumscribi possunt, ut patet in libertate congenita omnibus, quae servitute jure gentium inducta tolli, et in potestate contrahendi, a natura concessa cunctis, quae per leges positivas minoribus, et aliis auferri potuit.

10

Argumentum contrarium nimium probat; probat enim nulli genti liberum fuisse aut facultatem testandi inter suos admittere, aut admissam certis limitibus claudere: cujus tamen contrarium aperte convincitur 1. ex iis, quae de atheniensibus in Solone narrat Plutarchus, apud quos ante Solonis tempora testamenti nullus fuit usus: idem de Germanis antiquis testatur Tacitus *de morib. german.* non quod testamenta improbaverint, sed quod propinquiores sibi voluerint haeredes ab intestato esse: 2. ex natura feudi, et fideicommissi familiae, in quibus successio testamentaria regulariter abrogata est, et bona feudalia, vel fideicommissaria illis, qui de familia sunt, necessario relinqui debent: 3. ex statutis quorundam locorum, quibus aut non de omnibus bonis, aut solum in favorem certarum personarum testari licet; Heig. *l.* 1. *q.* 23. *n.* 9. *et seqq.* Miller *ad Struv. exercit.* 28. *th.* 3. *lit. N.* P. Schmier *l. cit. n.* 41.

11

Quaeritur 5. an testamentum, quod incusso gravi metu extortum est, subsistat? *Satis certum est*, spectato solo jure naturali, illud subsistere: quia hoc jure ad confectionem testamenti sufficit voluntas libera; libertatem autem gravis metus non tollit, cum coa-

cta voluntas revera sit voluntas; *l. si mulier* 21. §. *si metu* 5. *ff. quod met. caus.*

Difficultas est, an subsistat etiam jure positivo? Menoch. *de arbitr. cas.* 395. *n.* 7. Peregrin. *l.* 2. *de jur. fisc. tit.* 6. *n.* 5. Fachin. *l.* 10. *contr. c.* 15. Harpprecht *inst. de testam. ordin. n.* 44. affirmant subsistere, quamvis dicant rescissioni esse obnoxium. *Moventur* 1. quia plus probari non potest, quam quod ad testamenti confectionem requiratur, ut illa sit voluntaria: talis autem est, etsi sit metu extorta, ut dictum est: 2. quia aliud medium superest, quo haeres indemnis fiat, videlicet rescissio testamenti, quam rescissionem generaliter concedit praetor omnibus metum passis; *l. ait. praetor* 1. *ff. quod met. caus.* 3. aditio haereditatis metu facta subsistit; quia permittitur adversus illam restitutio in integrum: ergo etiam subsistet test.

12

Verum his non obstantibus, verisimilius dicitur, testamenta metu extorta, esse ipso jure invalida. Ita Vasq. *de succession. creation. l.* 2. §. 17. *n.* 5. Brunnem. *in l.* 2. *C. siquis aliq. testar. n.* 5. Haun. *tom.* 2. *de J. et J. tr.* 6. *a n.* 183. magnif. D. Verlohner *tr. de testam. art.* 1. *q.* 1. *n.* 3. *et* 4. Vviest. *hic n.* 48. *Ratio est* 1. quia, ut dicitur *l. habeat* 1. *C. de SS. eccl.* libertas testandi debet esse plenissima, ita, ut quivis possit habere haeredes, quos optat: atqui non ita optatus haeres est ille, cujus institutio ex testatore est metu gravi extorta: ergo etc. 2. Testamentum, quod factum est vi allata coactis testibus, ut ejusdem confectioni intersint, nullum, et irritum est, ut dicitur *l. qui testamento* 20. §. *fin. ff. qui testam. facer. poss.* ergo multo magis irritum erit, quando ipse testator coactus est vi, vel metu ad instituendum haeredem sibi ingratum. 3. Testamenti factio, ut *n.* 5. dixi, est creatura juris civilis, et ad hoc introducta favore decedentium: atqui exiguus praestaretur favor defuncto, si valeret testamentum metu extortum; sic enim deberet habere haeredem, quem noluit: ergo ne, quod favore defuncti introductum est, ad ejus laesionem videatur inventum contra *l. quod favore* 6. *C. de LL. et reg. quod ob gratiam* 61. *in* 6. dicendum, quod testamentum metu gravi extortum invalidum sit.

13

Ex his patet ad argumenta opposita. *Ad* 1. per coactam voluntatem volumus quidem, sed quod nobis ingratum est, testator autem, ut dictum est, debet posse haeredem habere sibi gratum: ergo etc. *Ad* 2. per rescissionem testamenti juvari quidem haeres potest, non tamen defectus, utpote cujus testamentum primum morte perficitur, et cons. primum post illam rescindi potest. *Ad* 3. ab adi-

tione haereditatis male arguitur ad institutionem haeredis : nam illa perficitur inter vivos , haec morte ; illa rationem contractus habet, non etiam testamentum : mirum igitur esse non debet , quod ille subsistat , hoc corruat , quando metu ab invito extortum est.

14

Quaeritur 6. an validum sit testamentum , ad quod testator inductus est falsis suggestionibus , et dolosis persuasionibus , ut siquis improbe mentiatur , quod is , qui propinquior ab intestato venit , jam sit mortuus , vel quod testatorem affecerit gravi injuria , ejus haereditatem contemnat , non appetat etc. Resp. ejusmodi testamentum perinde esse invalidum , ac id , quod metu extortum est. Ita Jason. *in l. fin. C. siquis aliq. testar.* Barr. *de success. test. et intest. l.* 1. *tit.* 9. *n.* 13. Berlich. *p.* 3. *pract. concl.* 7. *a n.* 2. Hartm. Pistor. *p.* 1. *q.* 29. *a n.* 3. Carpzov. *p.* 3. *const.* 5. *defin.* 8. Brunnem. *in l. fin. ff. siquis aliq. testar. n.* 8. Haun. *tom.* 2. *de J. et J. tr.* 6. *n.* 192. Manz. *de testam. tit.* 3. *q.* 2. *a n.* 2. magnif. D. Verlohner *simil. tr. art.* 1. *q.* 1. *n.* 5. Vvies. *hic n.* 49. Ratio est , quia hujusmodi suggestiones , mendacia , doli aliquando voluntarium omnino tollunt , plerumque admodum minuunt : igitur conveniens fuit , ut non minus irritarentur per jus positivum institutiones ita factae , ac irritatae sunt extortae metu.

15

Aliud esset , si testator antea offensus , aut aversus ab haerede , ab isto sine importunitate , vi , aut dolo, blando sermone , vel officiis placatus , aut alias suasionibus , precibus , lacrymis inductus fuisset ad illum instituendum ; nam ejusmodi institutiones haberi pro validis debent ; Gaill. *l.* 2. *obs.* 117. *n.* 4. Carpz. *defin.* 7. Brunnem. *n.* 1. *et* 2. Manz. *q.* 3. *a n.* 4. Vviest. *n.* 50. et sumitur ex *l. fin. C. siquis aliq. test.* cujus expressa verba sunt : *judicium uxoris postremum in se provocare maritali sermone non est criminosum.* Ratio est, quia ista libertatem testandi nec tollunt , nec minuunt.

16

Dixi *sine importunitate vi* , *aut dolo etc.* nam si blanditiae jungerentur cum circumstantiis , quae vim , metum , vel dolum significarent , testamentum redderetur irritum. Tales sunt 1. si pater novercae instigationibus impulsus , contra proprium sanguinem suae voluntatis indicium dedit ; *l. non est* 2. *ff. de inoff. testam.* 2. si ad blanditias accedant , vel praecesserunt aliae fraudolentae machinationes , aut violentae minae : 3. si blanditiae adhibeantur etiam sine minis , ab aliqua potente persona ; quia hujus persuasiones minis aequiparantur : 4. si preces , et blanditiae sint instantissimae , et importunae ; nam hae vim minarum habent : 5. si moribundo

jam testatori, et vi morbi oppresso adhibeantur; nam huic quantumvis moderatae preces, etiam sibi charissimorum, molestae, et odiosae sunt, ut proin testator his consentiens, non ex animi sententia, sed suae tantum quietis gratia fecisse praesumatur. Vide Berlich. *concl.* 7. *cit. a n.* 29. Harpprecht. *inst. de testam. ordin. n.* 47. Manz. *q.* 3. *cit. a n.* 15.

17

Quaeritur 7. cui deferatur haereditas, relicta per testamentum metu, vel dolo extortum? Illi, qui testamentum ejusmodi putant subsistere, volunt eam deferri fisco, et hoc colligunt 1. *ex l. qui dum captat.* 1. *ff. siquis aliq. testar.* ubi generaliter statuitur, ut siquis dolo, aut vi prohibuerit, ne defunctus testamentum conderet, vel conditum mutaret, haereditas deferatur fisco: 2. *ex l. civili* 1. *cod. eod.* ubi crimen refertur cogentis, vel inducentis aliquem, ut quem noluit, haeredem scriberet: 3. *ex ratione*; nam sic inducens, vel compellens aliquem merito privatur haereditatis commodo.

18

Verum his non obstantibus, adhaereo sententiae, cujus fundamentum jam posui, dum *n.* 12. *et* 14. dixi, testamentum metu, vel dolo extortum esse invalidum: dico proin hoc casu locum non esse fisco, sed haereditatem devolvi ad haeredes ab intestato, vel scriptos priori testamento; ne sc. isti, tanquam insontes, graventur alieno scelere. Ita Jason *in l.* 1. *cit. n.* 3. Vasq. *l.* 2. *de success.* §. 17. *n.* 5. Barry *l.* 1. *de success. test. et intest. tit.* 9. *n.* 10. Manz. *de testam. tit.* 3. *q.* 1. *a n.* 21. *Excipitur*, si qui coegit testatorem, ut se institueret, erat solus tanquam proximior successurus ab intestato; tunc enim haereditas defertur fisco, et ita deferri potest sine agnatorum remotiorum injuria, utpote qui eo casu jus in haereditatem non habuerunt, neque acquisiverunt per hoc, quod propinquior in poenam jure suo exciderit; quia poena unius non debet esse alterius praemium.

19

Argumenta contraria vim non habent. *Ad* 1. lex illa poenalis est: cons. ad nostrum casum extendi non debet, aliud enim est prohibere dolo, vel metu, ne defunctus testamentum condat, vel conditum mutet, aliud eundem compellere ad illud condendum, vel conditum immutandum. Accedit, quia etiam priori casu non est universaliter verum, quod haereditas deferatur fisco, ut videmus *n. seq. Ad* 2. lex illa codicis damnat quidem crimen metu compellentis ad testamentum conficiendum, haereditatem tamen non adjudicat fisco. *Ad* 3. etiam in nostra sententia testamentum metu, vel dolo extorquens privatur haereditatis commodo.

20

Quaeritur 8. cui deferatur haereditas casu, quo defunctus dolose impeditus, vel prohibitus fuit, quo minus testamentum conderet, vel conditum immutaret? Resp. multum interesse, quis dolum fecerit, an is, qui sperabat haereditatem ab intestato sibi obventuram, aut sciebat se testamento haeredem esse scriptum, an vero alius extraneus. *Si primum*, videndum, an solus defuncto sit successurus ab intestato, vel in testamento scriptus, an vero cum eo alii. *Si solus*, tota haereditas ei aufertur, et applicatur fisco; *l. qui dum capta* 1. *ff. siquis aliq. testar. Si plures*, fisco cedit duntaxat portio illius, vel illorum, qui deliquerunt, reliquis suae portiones manent intactae, ne alieno graventur scelere, ut recte notat Menoch. *de arbitr. cas.* 395. *n.* 13. *et seq.* Barry *de succes. test. et intest. l.* 1. *t.* 9. *n.* 11. Vvies. *hic n.* 45.

21

Si vero secundum contingat, et doli, vel metus author sit aliquis extraneus, major est controversia. Menoch. *l. cit. a n.* 20. utitur distinctione, et putat eo casu dolum extranei non obfuturum haeredibus venientibus ab intestato, nociturum tamen haeredibus eo testamento, cujus mutatio sic dolose impedita est, scriptis. Melius alii cum Barry *l. cit.* indistincte asserunt, dolum eo casu illius, qui nihil egerunt, sive ex testamento sive ab intestato successuri sint, nequaquam obfuturum. *Ratio est*, quia *l. qui dum captat cit. et l. un. ff. quib. non compet. bonor. poss.* confiscatio solum decernitur, quando testamentum mutari prohibuit institutus, ejusve dominus, vel pater. *Conf. a pari*; nam etiam legatariis aut fideicommissariis universalibus factum instituti, defunctum dolose prohibentis a mutando testamento, non nocet; *l. Marcellus* 3. *§. fin. ff. ad S. C. trebel.* igitur etiam non nocebit factum extranei prohibentis mutationem institutis non communicantibus in delicto.

22

Quaeritur 9. quotuplex sit testamentum? Resp. Jure civili antiquo duo testamentorum genera in usu fuerunt: quorum altero utebantur pacis tempore, et appellabant *calatis comitiis*; quia coram universo populo in comitia coacto conditum fuit; altero, cum in praelium exituri essent, quod *procinctum* dicebatur, et nuncupabatur coram commilitonibus. Accessit deinde tertium testamentorum genus, quod appellabatur *per aes, et libram*; quia per imaginariam quandam venditionem, adhibito libripende, quinque testibus, civibus romanis puberibus praesentibus, et emptore familiae conficiebatur, prout refertur §. *sed ut nihil* 1. *de testam. ordin.*

Hodierno jure testamentorum genus duplex est, solemne, et non solemne. *Solemne*, quod etiam *perfectum* dicitur, est, in quo adhibentur omnes solemnitates jure communi praescriptae. *Non solemne* quod etiam *imperfectum*, *et privilegiatum* appellatur, illud vocatur, quod etsi solemnitates a jure communi praescriptas, vel nullas, vel non omnes habeat, ex privilegio tamen, sive juris favore valet. Utrumque dividitur in scriptum, et nuncupativum: *testamentum scriptum*, *seu in scriptis* est, quod scripto perficitur; nuncupativum, quod vivae vocis adminiculo sine scriptura.

§. V.

De testamento solemni.

SUMMARIUM

23

Quaeritur 1. quaenam solemnitates requirantur ad *testamentum solemne* scriptum? Resp. Ad hoc de jure communi requiritur 1. ut sit scriptum a testatore, vel ejus jussu ab alio, expresso ipsius testatoris, et haeredis, vel haeredum nomine. Si alius testamentum scripserit, testator illud debet subscribere: aut si scribendi ignarus est, adhibere debet testem aliud ultra praescriptum alias numerum; §. *sed cum* 3. *inst. de test. ordin. l. hac consultissime* 21. *C. h. t.*

2. Ut adhibeantur in illo septem, vel, ut supra dictum est, octo testes idonei, iique sint rogati, seu ad hoc vocati, et invitati; *l. hac consultissima cit. et l. haeredes* 21. §. *in testamentis* 2. *ff. qui testam. fac. pos.*

LIBRARY

3. Ut his testibus simul praesentibus, eumque videntibus testator illud exhibeat, dicatque hanc suam esse ultimam voluntatem; *l. hac consultissima cit. reces. imp. de anno* 1512. *Tit. von. den testamenten. §. hic form. etc.*

24

4. Ut testes omnes, et singuli nomen suum propria manu subscribant, eique sigillum apponant; *§. sed cum, l. haeredes , l. hac consultissima cit. et l. cum antiquitas* 28. *§. cum autem* 1. *C. h. t.* Si unus, vel alter illorum litteras nesciat, subscribere loco illius, vel illorum alius testis potest, facta tamen mentione alienae subscriptionis; Manz. *de test. t.* 4. *n.* 132.

5. Ut totum negotium testandi peragatur uno, eodemque loco, et tempore, unoque contextu, i. e. nullo actu alieno, sive extraneo, qui ad confectionem testamenti non spectet, interveniente, nisi ob urgentem necessitatem ad modicum intervallum interruptio aliqua facta sit; ea enim non obest *l. cit.*

Praesentia notarii publici non est necessaria, quamvis consultum sit, ut instrumentum publicum fiat super contestatione testatoris, et subscriptione, ac sigillatione testium, ut bene advertit Pirh. *hic n.* 3. *in fin.*

25

Quaeritur 2. quaenam solemnitates requirantur ad *testamentum solemne nuncupativum*? Resp. Ad hoc sufficit, si testator coram septem testibus idoneis, et rogatis, simul, uno eodemque tempore ultimam suam voluntatem tam circa haeredis institutionem, quam circa legata, et alia palam articulata, sive distincta voce declaret, ut intelligi possit; *§. fin. inst. de testam. ord. l. hac consultissima cit. §. per nuncupationem* 2. *l. in testam.* 26. *C. h. t.* Neque requiritur certa verborum formula quibus haeres nuncupatur, sed valida est nominatio haeredis; *quam seminecis, et balbutientis lingua profudit, ut l. quoniam* 15. *C. h. t.* dicitur.

26

Differt igitur testamentum solemne nuncupativum a solemni in scriptis. 1. Quia in hoc plerumque celatur ultima voluntas, et ignoratur haeres institutus, ob quam causam etiam *clausum* vocari solet; in nuncupativo autem debent palam nuncupari, et declarari haeredes, ut sciant testes, quinam sint instituti; *§. per nuncupationem cit. et l. jubemus* 29. *princ. C. h. t.*

2. Ad testamentum scriptum necessaria est scriptura, sine qua nullum est testamentum; nuncupativum vero fieri potest nuda voce coram testibus: et quamvis defacto etiam ipsum a notario publico in scripturam redigi soleat, manet tamen nuncupativum; quia scri-

plura non ad substantiam illius pertinet, sed adhibetur solum facilioris probationis causa, ne testibus antea mortuis, quam defuncti voluntatem coram judice declararent, copia probationis deficeret; Clar. §. *testamentum q.* 4. *n.* 1. Vinnius *in* §. *fin. inst. de testam. ordin. n.* 3. Pirh. *hic n.* 2. Vvies. *n.* 62.

27

3. In testamento nuncupativo testes nec subscribunt, nec subsignant: horum utrumque requiritur ad testamentum scriptum, et quidem conjunctim; nam siquis subscribat tantum, et non subsignet, aut vicissim, habetur pro non adhibito; *l. ad testium* 22. §. *siquis* 4. *ff. qui testam. facer. pos.*

4. Addunt alii, quod in testamento nuncupativo testes non debeant esse rogati: sed contrarium est verius juxta *auth. rogati C. de test.* quae generaliter, et indistincte in testamentis testes rogatos exigit.

28

Quaeritur 3. quinam testes idonei in hunc finem sint? Resp. Ut quis idoneus in finem istum sit testis, debet esse 1 homo liber; §. *testes*, 6. *inst. et l. hac consultissima cit.* quia servi juris civilis communionem non habent; *l. qui testamento* 20. §. *servus* 7. *ff. qui testam. facer. poss.*

2. Mas, et pubes; §. *testes et l. qui testamento cit. princ. et* §. *mulier* 6. quibus textibus impubes, et foemina a munere isto arcetur, ista quidem ob fragilitatem sexus, ille autem ob aetatem, et judicii infirmitatem.

3. Sanae mentis, ob cujus defectum idoneus testis non est, qui mente captus, et furiosus est, extra furoris remissi, sive dilucidi intervalli tempus; *l. qui testamento cit.* §. *ne furiosus* 4. Idem dicendum de prodigo; §. *testes cit.* quia a furioso non multum distat, et in jure eadem fere, qua iste, conditione censetur; *l. lege* 1. *ff. de curat. furios. et l. his qui* 12 §. *divus* 2. *ff. de tutor et curat. dat.*

4. Non mutus, aut surdus; §. *testes cit.* vel caecus; *arg. l. si non speciali* 9. *C. h. tit.* quia si caecus sit, testatorem videre; si surdus, ea, quae dicuntur, audire, et intelligere; si mutus, eorum, quae audiit, rationem non potest reddere.

29

5. Non ipse haeres illo testamento institutus; §. *sed neque* 10. *instit. de testam. ordin.* ob suspicionem falsitatis. Legatarii tamen testes adhiberi possunt; §. *legatarii* 11. *inst. de testam. ordin.* et ratio est, quia licet ipsi emolumentum aliquod ex testamento percipiant, principaliter tamen sunt testes negotii, quod commodum hae-

redis; concernit et si ipsi quoque testes esse non possent, testium defectu ultimae voluntates non raro corruerent.

30

6. Non domesticus ipsius testatoris, vel haeredis ob eandem rationem. *Domesticorum* autem nomine hic veniunt solum illi, quorum alter in alterius potestate, vel ambo in potestate tertii sunt constituti. Hinc etsi pater in filii filius in patris, aut frater in fratris, si uterque in ejusdem patris potestate sint, testamento testes esse non possint; §. *sed neque cit.* potest tamen testis esse maritus in testamento uxoris, libertus in testamento patroni, famulus conductus in testamento heri, frater in testamento fratris emancipati, pater in testamento *filii*, qui non amplius sub ipsius patria potestate consistit, imo etiam in testamento filii consistentis sub ejus potestate patria, si iste testetur de bonis suis castrensibus.

7. Denique non talis, qui lege intestabilis est esse jussus, et cui propter insignem improbitatem testimonii fides ipsa lege est abrogata, et adempta: ut sunt, qui ob carmen famosum, vel aliud crimen publico, vel privato etiam judicio damnati sunt, si damnationem sequatur infamia; Harpprecht *in* §. *testes cit. n.* 28. Manz. *de testam. tit.* 5. *a n.* 55. Pirh. *hic n.* 3. *Ratio est*, quia tales ad testimonium dicendum in judicio non admittuntur: ergo multo magis repellentur in testamento.

31

Quaeritur 4. an solemnitates enumeratae requirantur ad testamentum etiam de jure canonico? Satis convenit inter DD. in terris summo pontifici etiam quoad dominium temporale subjectis, sufficere, si parochianus coram presbytero, h. e. parocho suo (hic enim in isto loco significatur nomine presbiteri proprii) et coram duobus, vel tribus testibus idoneis condiderit testamentum suum: quod aperte colligitur *ex c. cum esses* 10, *h. tit.* et notat Imol. *ibid. n.* 13. Clar. §. *testamentum q.* 57. *n.* 2. cum communi DD. unde dicendum, quod in eodem pontificio territorio per dictam constitutionem derogatum sit legibus civilibus quoad numerum testium: *quoad numerum*, inquam, *testium*; nam ceterae solemnitates testamentorum probabilius etiam ibi sunt observandae, cum communi advertit Covar. *in c. cit. n.* 6. contra Abb. Molin. et alios paucos. *Ratio est*, quia divortium a jure civili, et ejus correctio statuenda non est, nisi ss. canonibus sit expressa, sed potius in dubio hi cum illo conciliari debent; *arg. can. si in adjutorium* 7. *dist.* 10. *et c. intelleximus* 1. *de nov. oper. nunt.*

32

Controversia est, an dispositio *c. cum esses cit.* se extendat etiam ultra terras subjectas dominio temporali papae? Affirmant Abb. *in c. cit. repet. n.* 17. Fagn. *ibid. n.* 2. *et* 40. card. Sfrondati *de leg. in praesumpt. fundat. p.* 2. §. 1. *n.* 4. *et plures alii. Fundantur* 1. ipso textu *constit. cit.* nam consuetudinem, et legem, qua plures requiruntur testes, pontifex ibidem reprobat, tanquam alienam a consuetudine generali ecclesiae, ab institutis ss. PP. et ab ipsa lege divina, secundum quam *in ore duorum*, *vel trium testium stat omne verbum;* Deut. 19. *v.* 15. et Matth. 18. *v.* 16. atqui lex ejusmodi vim obligandi non habet, nec valorem testamenti potest tollere: ergo etc. 2. Quando leges civiles peccatum nutriunt, sanctiones canonicae ipsis contrariae observandae sunt etiam in foro saeculari, et extra territorium temporale papae, nam ratione peccati omnis anima judicio apostolico subjecta est; *can. si imperator* 11. *dist.* 96. *et c. novit.* 13. *de judic.* atqui leges testamentariae, dum septem testes ad valorem testamenti petunt, peccatum nutriunt, ut patet ex textu, et poena ibi adjecta; nam ibi poenam excommunicationis (quae omnium ecclesiasticarum gravissima est, et non infligitur, nisi propter peccatum mortale) pontifex decernit in eum, qui testamenti coram parocho, vel duobus testibus confecti valorem, et executionem impedit: ergo etc. 3. leges, quae jus commune faciunt, ubilibet observari debent, etiam extra dominium temporale pontificis legislatoris: atqui constitutio *c. cit.* facit jus cummune; quia corpori juris communis inserta est: ergo etc.

33

Verum his non obstantibus, dicendum, dispositionem *c. cit.* ultra territorium temporale romanae ecclesiae non porrigi; et hinc in terris imperii solemnitates jure civili proditae etiam hodie requirentur ad testámenti valorem. Ita gloss. *in c. cum esses cit. V. improbamus*, Clar. §. *testamentum q.* 57. *n.* 3. Menoch. *l.* 1. *praesumpt. q.* 80. 21. *et seq.* Molin. *tr.* 2. *de J. et J. D.* 133. *n.* 4. *et* 8. Gonz. *in c. relatum* 11. *h. tit. n.* 14. D. Glettle *p.* 5. *pandect. q.* 7. *a n.* 13. magn. D. Christoph. de Chlingensperg *inst. tit. de testam. ord. q.* 25. Pirh. *hic n.* 9. Engl. *n.* 12. Konig *n.* 54. Vviest. *n.* 65. et novissime clariss. P. Schmier *de success. haered. p.* 1. *c.* 2. *n.* 18. *et seq.* patet ex inscriptione; inscribitur enim episcopo hostiensi, cujus dioecesis est intra territorium temporale papae: quod satis indicat, quod constitutionem illam pontifex extra temporale territorium suum extendi non voluerit. Accedit ratio; quia pontifex leges civiles, quae formam praescribunt actibus mere profanis, et peccatum non continent, nec vult, nec potest corrigere; *arg. can.*

verum 7. *can. duo* 10. *dist.* 96. *c. novit.* 13. *de judic. et c. causam* 7. *qui fil. legit.* atqui testamentum, spectans causam mere profanam, est negotium, sive actus mere temporalis, et leges civiles, quae pro illo certas solemnitates praescribunt, peccatum non continent, ut videbimus in responsione ad argumenta opposita.

34

Proceditque hoc, non tantum de laicis, sed etiam de clericis, nam etiam isti, si in terris imperii testamentum mere profanum condant, probabilius observare debent solemnitates jure imperiali praescriptas; Laym. *l.* 1. *tr.* 4. *c.* 13. *n.* 5. *et in c.* 10. *de const. n.* 15. Gletle *o.* 5. *pand. q.* 7. *n.* 15. magn. D. Christoph. de Chlingensperg *tit. quib. non est permiss. test. fac. q.* 19. *object.* Pirh. *hic n.* 11. Vviest. *n.* 67. *Ratio est*, quia cum in communi vitae societate viventes sint cives, et membra reip. aequum est, et rectae rationi consentaneum, ut in rebus natura sua politicis leges ejusdem, modo clericali statui non repugnent, etiam ipsi observent; *turpis* enim *est pars suo universo non congruens*, ut dicit Aug. *l.* 3. *conf. n.* 8. *Excipitur*, si contrarium habeatur per consuetudinem legitime praescriptam, vel per statuta locorum particularia; nam haec derogare juri communi possunt, et cons. ubilibet attendenda sunt.

35

Argumenta in contrarium allata majorem speciem, quam efficaciam habent. *Ad* 1. *dum* pontifex *c. cum esses cit.* dicit, consuetudinem, qua plures testes ad testamenti valorem requiruntur, esse alienam a lege divina, ss. PP. institutis, et generali ecclesiae consuetudine, non voluit dicere eam consuetudinem esse contra legem divinam, sed solum praeter illam; quia licet ipsa duos, vel tres testes esse sufficientes dicat, plures tamen adhiberi non prohibet. Hinc *c. cit.* non reprobatur, sed tantum pro terris dominii temporalis pontificii abrogatur consuetudo illa: in quibus proinde decisioni huic standum est, cum pontifex, tanquam supremus princeps superiorem non recognoscens, potestatem legislativam etiam temporalem habeat, possitque leges condere, et conditas abrogare. *Ad* 2. negatur, quod leges testamentariae civiles peccatum nutriant, sed potius eidem occurrunt; quia solemnitates, illis legibus proditae inventae sunt ad evitandas fraudes, et excludendam omnem subornationem, quae in testamentis saepe intervenire solent. *Ad* 3. non est novum, quod constitutio aliqua pontificia sit corpore juris communis clausa, et tamen ad ecclesiae universalis vastitatem non extenditur. Exemplum *c. ex rescripto* 1. *de locat.* et alia plura rescripta apostolica, quae localia tantum sunt, etsi decretalibus inserta inveniantur, ut *in c. ex rescripto cit.* notat Joan. Andr. et Gonzal. *n.* 5. Quare neque in no-

stra controversia obstabit, quod constitutio *c. cum esses cit.* inserta sit corpori juris communis ; adhuc enim ad ecclesiae romanae territorium restringenda est, ut sumitur non solum ex ejus inscriptione, sed multo magis ex subjecta materia, et ratione contra extensionem illius allata.

36

Quaeritur 5. in quo foro invalidum sit testamentum sine requisitis a jure solemnitatibus conditum? *Certum est* 1. illud invalidum esse in foro externo. *Ratio est*, quia judex secundum leges pronuntiare debet; *can. in istis* 3. *dist.* 4. et *l. meno.* 13. *C. de sent. et interloc.* atqui secundum leges hujusmodi testamentum nullum est, et pro infecto haberi debet; §. *ex eo* 7. *in fin. inst. quib. mod· testam. infirm. et l. hac. consultissima cit. princ. vers. non subsriptum, et* §. *ex imperfecto* 1. ubi imperator, *ex imperfecto autem testamento*, inquit, *voluntatem tenere defuncti* (*nisi inter solos liberos*) *non volumus.* Ex quo sequitur , quod judex contra testamentum ejusmodi , et haeredes, ac legatarios in eo scriptos adjudicare haereditatem debeat haeredibus ab intestato venientibus , eosque a legatis profanis liberos pronuntiare, ut recte advertit Menoch *l.* 1. *de praesumpt. q.* 80. *n.* 7. cum communi DD.

37

Certum est 2. solemnitates in testamento exigi legibus ita potuisse, ut illis destitutum, et non privilegiatum testamentum esset irritum etiam in foro coscientiae ; sicut defacto ex decreto trid. *sess.* 24. *c.* 1. *de reform. matr.* etiam in foro conscientiae irritum est matrimonium clandestinum. *Ratio est* , quia cum testamenti factio adimi possit legibus, a fortiori per eas etiam invalida reddi possunt testamenta, quae destituta sunt solemnitatibus a jure requisitis.

Certum est e contrario 3. potuisse a jure ita decerni certas solemnitates testamentis, ut iis non observatis, irrita illa essent quidem in foro externo, tenerent tamen in foro interno. Sequitur ex priori ; si enim leges irritare potuerunt testamenta in foro utroque, potuerunt etiam in foro externo tantum.

38

Controversia solum inter DD. et magnis partium studiis agitata est , an defacto testamenta , quae solemnitates juris praescriptas non habent, sint irrita etiam in foro conscientiae. Negant Fachin. *l.* 4. *contr. c.* 5. Molin. *tr.* 2. *D.* 81. *n.* 16. Less. *l.* 2. *de J. et J. c.* 19. *n.* 12. Zoes *ff. hoc tit. num.* 43. et plures alii ab his *citt. Nituntur* 1. autoritate *l. et si inutiliter* 2. *et l. fin. C. de fideicommiss.* cui consonat §. *fin. inst. de fideicommiss. haered.* ubi haeres fideicommissa, per testamentum minus solemne relicta cogitur solvere, vel

jurare, quod nihil tale a testatore audiverit: et additur ratio, *ne pereat ultima voluntas testatoris*, *fidei haeredis commissa*: ergo voluntas illa non fuit omnio irrita. 2. *l. non dubium* 16. *C. de testam.* ubi haeres ex testamento, vel ab intestato obligatur ad legata, et fideicommissa, a testatore relicta, solvenda, etsi voluntas ultima testatoris legibus non sit subnixa. Non posset autem obligari, si ejusmodi voluntas fuisset omnino nulla: ergo etc. 3. leges irritantes testamenta minus solemnia fundantur in praesumptione fraudis; nam ad hanc evitandam numerus testium, et aliae solemnitate requiruntur in testamentis; *l. fin. C. de fideicomiss.* atqui praesumptio ista cessat, quando constat de contraria voluntate defuncti, adeoque de falsitate praesumptionis: ergo tum etiam cessant leges testamentum ejusmodi irritantes. 4. Ex testamento minus solemni nascitur obligatio naturalis, ut communis habet sententia, et probat etiam ratio; quia alias haeres ab intestato per testamentum minus solemne scriptus posset repetere, quod ex ejusmodi testamento solvit ad testatoris voluntatem implendam: hoc autem non potest, ut dicitur *l. etsi inutiliter et l. non dubium citt.* et ideo non potest repetere; quia naturaliter obligabatur solvere, hoc autem nihil est aliud, quam quod ejusmodi testamentum in foro conscientiae validum sit: ergo etc. 5. Simplex promissio valida est in foro conscientiae, et adimplenda, licet jus civile nullam ex ea concedat actionem: et ratio unica est, quia parit obligationem naturalem, talem etiam parit testamentum minus solemne, ut dictum est: ergo etc. 6. etsi *l. quid sit* 1. *ff. de liber. et posthum.* pro forma exhaeredationis desideretur, ut exprimatur nomen, praenomen, et cognomen, non tamen omnia requiruntur, sed unum sufficit, ut ibidem dicitur: ergo nec requirentur omnes solemnitates ad valorem testamenti.

39

Haec argumenta tanti aestimo, ut judicem, sententiam iis firmatam admodum probabilem, et cons. haeredem, si eam sequi velit, in praxi tutum esse, si res, testamento imperfecto sibi relictas, tamdim retineat, donec judex pro haerede ab intestato pronuntiarit. Speculative tamen loquendo, et spectatis principis intrinsecis, dico, probabilius ejusmodi testamentum non solemne, et non privilegiatum etiam in foro conscientiae nullum, et irritum esse. Ita Clar. §. *testamentum q.* 90. *nu.* 5. Covar. *in c.* 10. *h. tit. n.* 12. *et seqq.* Menoch. *de praesumpt. l.* 1. *q.* 80. *n.* 28. Azor. *p.* 3. *l.* 6. *c.* 9. *q.* 1. Vasq. *tr. de testam. c.* 3. *dub.* 1. *num.* 3. Haunold. *tom.* 2. *de J. et J. tr.* 6. *n.* 36. Arnold. Rath. *de testam. n.* 92. magn. D. Verlohner *simil. tr. art.* 3. *q.* 6. *n.* 4. clar. P. Schimier *tr. de jur. leg. c.* 1. *n.* 184. *et tr. de success. haered. p.* 2. *c.* 2. *n.* 43. et plures alii tum TT. tum Jcti.

Rationem, omissis ceteris, quas alii in medium proferunt, adduco unicam, eamque solidam; quia leges absolute irritantes contractum, vel actum, si justae sint, censentur illum irritare etiam in foro conscientiae; tales sunt leges, quae ponunt solemnitates testamentis: ergo etc.

Major communis doctrina est: et hinc etiam ex adversariis multi fatentur, actus electionis, emptionis, venditionis, donationis etc. si lex illos ob defectum solemnitatis irritet, etiam in conscientia non ligare.

Minor ostenditur variis juris civilis textibus: 1. §. *ex eo* 7. *fin. inst. quib. mod. testam. infirm.* ibi, *Nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.* 2. *l. si binae* 11. *ff. de injust. rupt. et c.* ibi, *quia sequens nullum est.* 3. *l. hac consultissima cit.* §. *ex imperfecto* 1. ibi, *ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti* (*nisi inter solos a parentibus utriusque sexus habeatur*) *non volumus.* Et additur, ut si inter liberos conditum sit ejusmodi testamentum, sed admixta sit persona extranea, pars istius accrescat liberis etc. *Conf.* nam testamenti factio, ut *n.* 5. dictum est, praecise est creatura juris positivi: igitur tantam praecise vim testamenta, et ultimae defunctorum voluntates habent, quantam ipsis jus positivum tribuit: hoc autem testamento, solemnitatibus destituto, nisi privilegiatum sit, vim omnem adimit; ergo etc.

40

Neque obstant argumenta sententiae adversae. *Ad* 1. leges ibi allegatae plus probant, quam vellent adversarii, probarent enim, etiam pro foro externo non requiri ultimatas illas solemnitates, sed istis deficientibus, offerri posse terminum haeredi ab intestato, quo juret sibi non constare, quod defunctus alium sibi haeredem voluerit. Deinde haeres ejusmodi tenetur solvere fideicommissum, non vi testamenti, quasi hoc validum fuerit; sed quia testator fidei ejusdem commisit eorundem solutionem: ad quod ut teneatur, non requiritur, testamentum fuisse validum, sed quod haeres sciat hanc fuisse revera voluntatem defuncti. *Ad* 2. ibidem additur, *si sua sponte agnoverit*, videlicet eam fuisse voluntatem defuncti. *Ratio*, cur eo casu haeres obligetur ad solvenda legata, et fideicommissa defuncti, est, quia repraesentat personam defuncti, et quando haeres fatetur eam fuisse voluntatem defunti, perinde habetur, ac si ipse defunctus id nunc declaratet: ergo non debet haeres contrarium velle, ne sibi ipsi contrarius sit, sed debet voluntatem defuncti, quam repraesentat, perinde tueri, ac si sua propria esset: unde per talem agnitionem solemnizatur voluntas defuncti. Proceditque hoc, ut haeres sciens voluntatem defuncti teneatur ejusmondi legata solvere, etiam si de ea voluntate defucti legatarius nihil omnino sciat *Ad* 3. leges illae fundantur in praesumptione periculi universalis fraudum, saepe alio quin

committendarum, nisi testamenta imperfecta universaliter irritentur: quae praesumptio cum sit verissima, etsi periculum fraudis in casu aliquo particulari cesset, testamentum tamen, absque debitis solemnitatibus conditum, etiam eo casu manebit invalidum. *Ad* 4. cum juxta nostram sententiam, ut dictum est, testamenti factio sit creatura juris positivi duntaxat, merito negari potest, quod testamentum minus solemne obligationem naturalem inducat. Ad probationem adjectam dico, ideo haeredem in tali casu solutum non posse repetere, quia voluntatem defuncti sponte agnovi, et eam sciens, volensque, legata, testamento imperfecto relicta, solvendo est executus. *Ad* 5. negatur paritas: quia promissio simplex vim obligandi a jure naturali habet; testamentum autem valorem suum acquisivit a jure positivo, absque quo et ipsum, et quaevis voluntas ultima fuisset justum quidem, sed inefficax desiderium relinquendi res suas alteri, ut dictum est *n.* 4. hinc mirum non est, quod simplex promissio obligationem naturalem pariat, ultima voluntas independenter a jure positivo eam non pariat, nisi in eo, qui illam sponte agnoverit. *Ad* 6. iterum negatur paritas; hoc ipso enim, quod textus dicat unum sufficere, vult dicere non omnia requiri copulative, sed disjunctive duntaxat.

§. III.

De testamento non solemni.

SUMMARIUM

41

Testamentum non solemne validum, seu privilegiatum ut *n.* 22. dixi, est quod licet solemnitates legibus praescriptas non omnes habeat, ex privilegio tamen, et speciali favore juris sustinetur. Ejusmodi testamenta sunt septem, videlicet testamentum ad pias causas, militare, parentum inter liberos, rusticorum, tempore pestis confectum, oblatum principi, et apud acta conditum. His accedit codicillus, qui licet testamentum non sit, est tamen species ultimae voluntatis, in qua non requiritur tanta solemnitas, quanta, ad testamentum solemne.

42

Quaeritur 1. de *testamento pio*, ac 1. quidem *dubitatur*, quando testamentum pium, seu ad pias causas factum censeri debeat? Resp. Testamentum pium nomen suum praecipue accipit a fine seu motivo supernaturali, cujus intuitu conditum est. Estque omne illud, quo haereditas vel tota, vel ejus pars relinquitur, ut cultus, vel obsequium praestetur DEO, ut eidem pro acceptis beneficiis habeantur gratiae, ut coelitibus exhibeatur veneratio, ut peccatorum deleantur maculae, ut a poena his commerita obtineatur liberatio, ut divina gratia, meritum, et praemium augeatur in coelo etc. Bald. *in l.* 1. *C. de SS. eccl.* Abb. *hic n.* 9. Vvies. *n.* 82.

In particulari ad pias causas condita testamenta, et legata relicta censentur, quibus instituuntur ecclesiae, monasteria, et alia pia loca, iisque pro fabrica, sustentatione religiosorum, aut ministrorum, et aliis personarum ibi receptarum necessitatibus aliquid relictum est.

43

2. Testamento, et legato quibus relictum aliquid est pro servorum libertatibus, eleemosynis pauperum, redemptione captivorum, et carceratorum liberatione, pro conversione infidelium, et haereticorum, pro educatione orphanorum, pauperum puellarum dotatione, instructione pauperum in studiis, artificiis, et opificiis etc. modo ea non ex mere profani, ac privati boni, aut finis intuitu relicta sint; Menoch. *l.* 4. *praes.* 115. *n.* 3.

3. Piis causis enumerari solent relicta pro refectione viarum, ac pontium, pro munitione civitatis adversus hostiles incursus, pro constructione munimentorum, aut ad aliam publicam utilitatem; quia licet hujusmodi causa vere pia non sit, cum ad finem supernaturalem non referatur, ob utilitatis tamen publicae favorem, causis piis aequiparatur, earumque privilegiis gaudet; Menoc. *l. cit. n.* 22.

44

Dub. 2. an solemnitates juris civilis requirantur in testamento pio? Resp. negative. Patet ex *c. relatum* 11. *h. t.* ubi Alexander III. judicibus velitrensibus praecipit, ut pronuntient pro testamento pio, etsi illud trium solum, aut duorum testium subscriptione, vel assertione munitum sit: idque merito; quia bonum animae legis humanae subtilitas impedire non debet. Quae ratio cum universalis sit, probat per *c. relatum cit.* derogatum juri civili esse non tantum quoad numerum testium, sed etiam quoad reliquas solemnitates, ut communiter interpretes docent.

Adeoque valet 1. voluntas ultima, qua ecclesia, monasterium etc. institutum est solo nutu, aut aliis signis externis, sine scriptura, aut voce, modo his mentem suam defunctus sufficienter expresserit; Tiraqu. *caus. piae privil.* 8. *et* 12. Clar. §. *testamentum q.* 6. *n.* 7. Mol. *D.* 134. *n.* 8.

2. Valet quoad legata pia, etiamsi ipsum testamentum, in quo haec legata relicta sunt, fuerit solum inchoatum, adeoque invalidum; Covar. *in c.* 11. *t. n.* 10. Molin. *n.* 9. Pirh. *hic n.* 21. *not.* 6.

45

Valet quoad eadem legata, etiamsi haereditas non fuerit adita ab haerede, quia v. g. mortuus est, vel haereditatem repudiavit: imo in testamento ad pias causas non est necessaria ulla haeredis institutio; Clar. *l. cit. n.* 8. Molin. *n.* 3. *in fin.* Pirh. *n.* 21. *not.* 3.

4. Valet secundum haec ipsa legata, etiamsi testamentum, in quo sunt relicta, quoad institutionem haeredis, et alia ob defectum solemnitatum sit irritum; Covar. *n.* 2. *et* 3. Clar. §. 6. *n.* 2. Molin. *n.* 2. Imo in testamento pio etiam subsistunt legata profana, siquae in illo facta a testatore sunt; *arg. reg. accessorium* 42. *in* 6.

46

5. In eodem testamento ad causas pias testes esse possunt, qui alioquin in aliis negotiis plenam probationem facere non possunt, sive sint masculi, sive foeminae, sive rogati, sive non rogati, ut *l. cit.* notant Covar. *n.* 4. *et* 5. Clar. *n.* 3. *et* 4. Mol. *n.* 4.

6. Iidem testes in testamento pio juxta communiorem, et veriorem sententiam non requiruntur ad valorem testamenti, sed solum ad probationem, quando alia non habetur probatio; Rota *p.* 2. *dec.* 74. *n.* 12. *Ex quo sequitur*, si haeredi certo constet de voluntate defuncti, v. g. per scripturam ipsius indubitatam, vel quod ex ore ipsius audiverit, velle se, ut hoc vel illud ex rebus suis expendatur in usus pios, haeredem in conscientia obligari ad exequendam hanc ejus voluntatem, etsi nullus interfuerit testis.

Quorum omnium ratio est, quia institutiones, et legata pia regulantur secundum sanctiones ecclesiasticas, quibus legales solemnitates omnes sublatae, et ad illorum valorem, ultra naturalis, et divini juris requisita, quidquam exigi vetitum est; *c. relatum cit.*

47

Dub. 3. utrum per dispositionem *c. cit.* tantum legibus civilibus derogatum sit pro territorio temporali papae, an vero etiam pro terris imperii, et aliis regnis? *Primum* defendit H. Canis. *in c. cit. n.* 5. praecipua ductus inscriptione illius *cap.* et paritate *c. cum esses* 10. *h. t.* cujus dispositionem *n.* 33. dixi ultra ditionem temporalem pontificis non extendi, quia rescriptum pontificis, quod ibi refertur, inscriptum, et datum est episcopo hostiensi, cujus dioecesis est intra territorium temporale papae: atqui etiam rescriptum, hoc *cap.* contentum, inscriptum est judicibus velitrensibus, qui locus pariter situs est intra territorium temporale papae: ergo etc. *Conf.* ex ratione, quae data est *supra n.* 33. *cit.* quia pontifex leges civiles, quae formam praescribunt actibus mere profanis, et peccatum non continent, in territorio, quod temporali ejus dominio subjectum non est, nec vult, nec potest corrigere. Tale est testamentum a laico factum de rebus suis ad causas etiam pias; nam et res temporalis mere est, et potestas, qua de rebus suis ita testatur, ex civilis praecise juris dispositione inducta.

48

Sed melius dicitur, dispositionem *c. cit.* non concludi dominio temporali papae, sed in quocunque, etiam saeculari foro observandam esse. Ita omnium fere DD. sententia, teste Konig *hic n.* 10. quam confirmat consuetudo, et praxis curiarum etiam saecularium universalis, quae optima est juris dubii interpres. *Ratio est*, quia testamenta, et ultimae voluntates conditae ad causam piam, hoc ipso quod finem supernaturalem, sc. cultum divinum, sanctorum venerationem, et spiritualem animae salutem spectent, sunt causae spirituales, et ecclesiasticae, proinde non saecularis, sed ecclesiasticae potestatis est, de illis statuere.

49

Ad argumentum allatum in contrarium negatur paritas; nam *c. cum esses cit.* constitutio non ideo praecise territorio temporali papae constringitur, quia episcopo hostiensi inscribitur, sed quia concernit materiam mere profanam: at dispositio *c. relatum cit.* est de causa spirituali, et ecclesiastica, ut dictum est. Quod inscriptio illius sit particularis, non obest; quia sufficit, quod sit de re spectante ad potestatem spiritualem papae, et rescriptum illud sit insertum corpori juris communis. *Ad conf.* Testamentum pium non materia, sed causa, et finis efficit, ob quem est conditum: qui cum spiritualis sit, etiam ipsum testamentum inter causas spirituales, et cons. potestati ecclesiasticae subjectas referet.

50

Quaeritur 2. de solemnitatibus requisitis ad reliqua testamenta privilegiata? Resp. De his pro varietate ipsorum varia etiam sunt constituta.

Primum est testamentum militare: in hoc distinguendum est inter jus justinianeum, et novum imperii; nam *jure justinianaeo* militis testamentum, quod ab eo in castris, et expeditione fuit conditum, nullas omnino exigebat solemnitates, sed sufficiebat, si quocunque modo, etiam litteris sanguine proprio inscriptis in clypeo, vel gladio in arena de ejus ultima voluntate constaret; *in princ. et §. plane* 1. *inst. de militar. testam. l. militibus* 1. *l. divus* 24. *et l. miles* 35. *ff. eod.*

Jure novo imperii favor iste permansit militibus solum tunc, quando in conflictu existunt; nam si in castris, sed extra conflictum, vel procinctum ad conflictum testentur, duo saltem testes sunt adhibendi, prout voluit Maximilianus I. *constitutione edita* 1512. *tit. de testam.* §. 2. Non est autem necesse, ut testes isti habeant qualitates, alias requisitas in testibus testamentariis; nam esse possunt etiam non rogati, etiam foeminae, prout colligitur ex *l. divus cit.*

51

Porro ratio, quare in testamento militis remissae solemnitates sint, vel nimia juris imperitia, et istius peritorum in castris defectus fuit, vel potius favor tum reip. ne solius testamenti ordinandi causa stationem deserere cogantur; tum ipsorum militum, ut voluntates ipsorum ultimae non ita facile destituantur: et fortassis etiam commilitonum, ut in expeditione facilius haeredes existant.

Gaudent autem hoc privilegio non tantum milites, qui in numerum relati juramentum militare ad vexilla praestiterunt, sed et illi, qui licet milites non sint, castra tamen cum simili periculo vitae, et quidem militum causa sequuntur, ut sunt curiones castrenses, consiliarii, medici, chirurgi, mercatores; *l. un. ff. de bonor. possess. ex testam. milit.*

52

Addidi, *favorem istum concedi militi*, *quando in castris*, *et expeditione versatur*; nam de veteranis, qui missionem obtinuerunt, distinguendum est: vel enim ejusmodi miles testamentum condit post missionem, aut extra castra; et tunc jure communi utitur §. *sed hactenus* 3. *inst. de milit. testam. et l. ne quidam* 17. *C. eod.* vel illud ante missionem, et quidem in castris, vel expeditione condidit; et tunc si is intra annum, quo a bello reversus est, moriatur, testamentum est validum, et in eo militariter condito institutus haereditatem acquirere potest: secus, si moriatur postea; tunc enim non valet, nisi casu, quo haeredi conditio post annum demum extitura adjecta fuerit; §. *sed hactenus cit. Ratio est*, quia conditio, quandocunque existens, retrotrahitur, atque ideo perinde habetur, ac si ab initio pure institutio facta fuisset; *si pupillus* 26. *de cond. inst.* magnif D. Christoph. de Chlingensperg *inst. de milit. testam. q.* 3.

53

II. *Testamentum parentum* (quo nomine hic etiam ascendentes veniunt) *inter liberos*. In hoc distinguendum est, an nuncupativum sit, an vero scriptum. *Si nuncupativum est*, ut valeat, sufficiunt duo testes, coram quibus testator suam voluntatem exprimat: neque necesse est, ut illi omni jure sint habiles; nam in hoc testamento etiam foemina testis esse potest, cum in eo non jus civile, sed gentium observetur; *l. fin. C. famil. herc. auth. quod sine C. h. tit.* Fachin. *l.* 4. *contr. c.* 11. Gaill. *l.* 2. *obs.* 112. *n.* 4. Vinn. *l.* 2. *select. qq. c.* 18. Gletle *de testam. p.* 1. *capit.* 3. §. 2. *n.* 5. Imo testes hoc casu non requiruntur de substantia, sed tantum de probatione, ut aliis *cit.* bene advertunt magn. D. Verlohner *de testam. art* 4. *q.* 4. *n.* 2. clariss. P. Schmier *p.* 1. *de success. haered. cap.* 3. *num.* 106.

Si vero scriptum sit, jure codicis aliud non requiritur, quam ut de voluntate patris sufficienter constet : unde si scheda reperiatur, de qua constet, quod animo conficiendi testamenti a patre sit conscripta, vel subscripta, perinde custodienda illa, et executioni mandanda est, ac si omnes solemnitates adessent; *l. hac consultissima* 21. §. *ex imperfecto* 1. *C. h. tit.*

54

Hodie vero illa tantum scriptura patris valet, quae habet conditiones expressas *novell.* 107. *c.* 1. vi cujus requiritur 1. ut testamentum hoc pater ipse scribat, vel ab alio scriptum saltem subscribat, et liberi manum patris agnoscant. 2. ut in ejusmodi scriptura declaret tempus testamenti conditi. 3. Ut claris verbis exprimat liberorum nomina, et uncias, ex quibus haeredes eos esse cupit. 4. ut si facere divisionem rerum suarum inter eos voluerit, res singulas inter ipsos distribuendas notet. 5. si in eodem testamento aliquid relinquat uxori, vel alteri personae extraneae, aut eam cum liberis in partem haereditatis vocet, ut respectu istius valeat testamentum, necesse erit, ut sint adhibiti saltem duo testes, ut colligitur ex *novell. cit. c.* 1. *vers. si tamen* junct. *l.* 12. *ff. de testib.* Carpzov. *p.* 3. *constit.* 4. *defin.* 20. Imo, ut notat Konig *hic n.* 9. probabilior sententia quinque desiderat; *arg. l. ult.* §. *fin. C. de codicill.* alias quoad istiusmodi personam extraneam testamentum erit invalidum, et quod ipsi relictum est, accrescet liberis; *l. hac consultissima*, *et* §. *ex imperfecto cit.* magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *tit. de test. ordin. q.* 28.

Porro causa hujus privilegii testamento inter liberos indulti est, quod hic nulla praesumatur fraus, cum liberi alias ab intestato essent successuri : imo ad paternam haereditatem quodammodo ab ipsa natura vocentur, et non tam in bona paterna, quam propria succedant. Estque hoc juxta communem DD. verum, etsi liberis inaequales partes sint assignatae : cujus ratio est, quia alias privilegium nullam haberet vim, et frustraneum esset testamentum, si omnes aequales partes deberent accipere, sicut ab intestato.

55

III. *Testamentum rusticorum.* Tale dicitur non solum, quod aratores, vinitores, pastores, et similes agrestes, sed etiam quod alii, quamvis nobiles, ruri degentes condunt; nam sicut illis, sic istis quoque, cum ruri testantur, quoad testium numerum, et subscriptiones aliquid remissum est; *l. fin. C. hoc tit. et constit. Maximiliani cit.* idque merito, quia *cit. lex*, *et constitutio* non tam rusticitati, quam difficultati cogendi tot testes, qui scribere norint, consulere voluit : in necessitate tamen duntaxat, et quando tot te-

stes in loco, ubi testamentum conditur, inveniri non possunt; nam si ibidem haberi possint septem testes, iique litterati, totidem adhiberi, et subscribere testamentum debent. Si vero totidem testes litterati non reperiantur, videndum, an septem alii, qui partim litterati, partim illiterati sint, haberi possint, vel non; nam priori casu totidem adhibendi sunt, et subscriptio facienda ab iis, qui litteras callent, etiam pro reliquis illiteratis. Posteriore autem casu, quo neque septem testes illiterati cum litteratis mixti inveniuntur, valebit testamentum confectum coram quinque testibus, non tamen coram paucioribus, jure communi spectato, ut patet ex *l. fin. cit.* ibi, *minus autem nullo modo concedimus.*

56

IV. *Testamentum conditum tempore pestis.* In hoc aliqui existimant sufficere quinque testes, si plures haberi nequeant, ut putat Konig. *hic n.* 12. imo quibusdam visum fuit, eo casu sufficere duos, vel tres legitimos, cum plures metu contagionis convocari non possunt, aut comparere nolunt: et rationem dant, quia tempore necessitatis merito a solemnitate legali, et regulis juris communis receditur. Sed communior, et verior sententia est, spectato jure scripto, quoad testium numerum nihil in hoc testamento remissum esse, sed tantum hoc relaxatum, ne omnes uno, eodemque tempore, et simul adhiberi necesse sit, prout colligitur ex *l. casus* 8. *C. hoc titul.* idque ob periculum, et metum contagionis; Fachin. *l* 5. *contr. cap.* 92. Barry *l.* 1. *de testam. n.* 8. *vers. haec omnia,* Berlich. *p.* 2. *concl.* 5. *n.* 6. Brunnem. *in l.* 8. *citat. n.* 1. magnific. D. Christoph. de Chlingensperg *tit. testam. ordin. quaest.* 24. magnific. D. Verlonher *de testam. articul.* 4. *quaest.* 5. *n.* 2. Dixi *spectato jure scripto*; nam jure consuetudinario passim subsistunt, et etiam in camera imperiali sustinentur testamenta, luis contagiosae tempore condita, si condita illa sint coram tribus, vel saltem duobus testibus, prout testatur Gaill. *l.* 2. *observ.* 118. *n.* 18. Mynsing. *cent.* 1. *obs.* 96. *n.* 1. Brunnem. *l. cit. n.* 4. *et* 5. Glette *de testam. p.* 1. *c.* 3. §. 1. *n.* 8. P. Konig. *hic n. cit.* P. Vviest. *n.* 97. P. Schmier *p.* 1. *de success. haered c.* 3. *n.* 135.

57

V. *Testamentum oblatum principi*, quod etiam *insertum* dicitur: quod tum fit, quando testator sine ulla solemnitate ultimam suam voluntatem libello supplici insertam offert principi, ac princeps illud in consilio lectum in scrinia referri jubet; *l. omnium* 19. *C. hoc tit.* ubi licet principis nomine praecipue imperator, seu princeps supremus veniat, nihil tamen prohibet, quo minus offerri testamentum possit ejus curiae, aut cancellariae, vel etiam secre-

tariis, aut consiliariis a principe, aut ejus curia hoc fine ad aegrotum missis; *arg. l. omnium cit.* Imo idem jus etiam ad principes inferiores, et imperii status porrigitur, ut monet Myllerus *de princip. et statib. imper. cap.* 28. *n.* 1. et ex eo Konig. *hic num.* 5. Ratio privilegii est, quia authoritas principis defectum solemnitatum supplet, imo easdem superat, ut dicitur *l. omnium cit.*

58

VI. *Testamentum judiciale*, seu *conditum*, *et publicatum apud acta*: quod tunc fit, quando testator voluntatem suam ultimam scripto comprehensam ipsemet offert judici, aut viva voce declarat, quae sit ejus voluntas ultima, simulque petit, ut ad acta referatur; nam ita ordinatum testamentum, etsi nec testes, nec ullas alias solemnitates habeat, publica fide sustinetur; *l. omnium cit. Ratio est*, quia acta judicialia non minus, quam authoritas principis supplent numerum, et nomina testium, omnemque falsitatis suspicionem removent. *Proceditque hoc*, etsi obligatio facta sit judici alias incompetenti, ut *l. cit.* innuitur; ibi, *cujuscunque judicis*: neque opus est, ut fiat in ipso loco judicii, quia ex communi DD. hujusmodi testamenti factio est actus jurisdictionis voluntariae, et quidem simplicis, qui coram quovis judice, et tam in, quam extra territorium jus dicentis expediri potest; Berlich. *p.* 3. *concl.* 4. *n.* 12. Vvesemb. *ff. de testam. n.* 10. Stryck. *de caut. cap.* 7. §. 34. Gletle *de test. p.* 1. *cap.* 3. *n.* 3. *et* 4. Konig *hic n.* 5. Imo ut magnif. dom. Verlohner *art.* 4. *cit. q.* 2. *n.* 2. ex Dauth. *de testam. n.* 435. Lauterbach. *de testam. judic. thes.* 20. advertit, comites, barones, nobiles testamenta sua possunt condere apud propria acta; et coram suis judicibus, seu scabinis, ex ratione, quia in actibus jurisdictionis voluntariae etiam quis in propria causa judex esse potest, nisi desideretur causae cognitio.

59

Dubium est, an requiratur, ut ipse testator testamentum personaliter offerat judici, an vero sufficiat, si illud offerat per nuntium, vel procuratorem? Hoc secundum sufficere existimant Andr. Gerhardus, Fulgosus, Alexander apud Berlich. *p.* 3. *concl.* 4. *n.* 31. *in fin.* quibus consentiunt Myller *de princip. et stat. imp. cap.* 28. §. 4. Struv. *ad ff. exercit.* 32. *th.* 9. Miller *ibid. lit. L.* Stryc. *de cautel. testam. cap.* 8. §. 13. *et seqq.* clariss. P. Schmier *de success. haered. p.* 1. *cap.* 3. *num.* 88. *et seqq. Fundantur* 1. quia *l. omnium* 19. *C. h. tit.* non requirit oblationem, aut insinuationem personalem. 2. Quia in testamento apud acta facto sublatae sunt omnes solemnitates juris civilis, et solum in eo desiderantur, quae sunt de jure naturali, et gentium: atqui considerato jure natura-

li, et genuinum, testamentum non minus per alium, quam per testatorem offerri potest. 3. Quia in omni negotio civili procurator admittitur, idemque est facere per alium, et per seipsum; *reg.* 68. *et* 72. *in* 6. ergo cum oblatio testamenti nuspiam reperiatur excepta, etiam ipsa fieri per procuratorem poterit.

60

Sed dicendum, requiri oblationem personalem ab ipso testatore. Ita Bocer. *class.* 3. *D.* 2. *thes.* 7. Modest. Pistor. *ad l. omnium cit.* Hartman. Pistor. *q.* 28. *n.* 1. *n.* 9. *et n.* 10. Daniel Moller. *ad constit. Saxon. p.* 3. *const.* 3. *n.* 3. *et seqq.* Ferdin. Vasq. *de success. creation. l.* 2. §. 17. *requis.* 27. *n.* 83. *et* 84. quos citat, et sequitur Berlich. *concl.* 4. *cit. num.* 32. Colligitur ex *l. omnium cit.* cujus verba ad ipsum testatorem directa sunt, adeoque factum ejus proprium *l. cit.* ipsi non remittitur. *Ratio est*, quia cum ultimae voluntates omnium maxime fraudibus subjectae sint, tanto etiam majorem cautelam adhibere opus est ad illas excludendas, ne forte spurium testamentum judici offeratur pro vero, et sic subvertatur ultima testatoris voluntas.

61

Ad argumenta contraria sufficiens responsio dari potest. *Ad* 1. etsi expresse praesentia testatoris *a l. omnium cit.* non requiratur, eam tamen requiri in testamento ad acta condito sufficienter colligitur tum ex *l. cit.* ubi imperator, vel alius judex inferior vult hominum voluntates audire, quod non fieret, si testator suam voluntatem per litteras, vel procuratorem duntaxat indicaret; tum ex aliis juribus, quae in genere ad substantiam testamenti exigunt, ut testator praesens a testibus videatur, et audiatur. *Ad* 2. in ejusmodi testamento non omnes solemnitates sublatae sunt; nam *l. omnium cit.* dicitur, hoc testamentum omnium aliorum testamentorum solemnitatem superare, dum sc. in eo testes non sunt necessarii, reliquae vero solemnitates in eo nihilominus observantur. *Ad* 3. licet in aliis casibus regulae *cit.* locum habeant, non tamen in hoc nostro casu: ratio disparitatis est; quia in aliis, siquid fraude actum praeter intentionem mandantis est, facile rescindi, et retractari potest; at in testamento id fieri non potest, cum mortuus aliquando testator non revertatur amplius, ut testamentum spurium, pro suo obtrusum judici, possit evertere: unde actus offerendi plane personalissimus erit, ut dicit Konig *hic n.* 6.

62

Quaeritur 2. de *codicillo, et donatione mortis causa*? Et 1. quidem *dubitatur*, quid sit *codicillus*? Resp. *Codicillus*, sic dictus, quia est quasi parvus codex, definiri potest, quod sit *ultima voluntas*

*64 **

minus solemnis defuncti, sive testati, sive intestati, de eo, quod is post mortem de rebus suis fieri vult, absque directa haeredis institutione. Ita quoad rem communiter DD. licet in verbis quidam dissentiant.

Differt a testamento 1. quoad testium numerum, et qualitates; nam in codicillo sufficiunt testes quinque, iique non rogati, imo etiam foeminae; §. *fin. inst. et l. fin. junct.* gloss. *C. de codicill. Excipitur* codicillus a caeco factus; nam in hoc necessarii sunt septem testes, aliaque, quae requiruntur in eorum testamento; *l. hac consultissima* 8. *C. qui testam. fac. poss.*

63

2. Codicillus etiam ab eo, qui intestatus decedit, fieri potest; valet enim, quo quis relinquit legata solvenda ab eo, qui in bonis ipsi successerit: eaque tenetur solvere haeres etiam ab intestato; §. *non tantum* 1. *inst. de codicill. et l. siquis* 3. *ff. de jur. codicillor.*

3. Testamentum non valet, nisi unicum; codicilli non unus tantum, sed plures fieri possunt: et si contrarii quidem non sint, omnes subsistunt; si vero contrarii sint, prior revocatus censetur; *l. cum proponatis* 3. *C. eod.*

4. In testamento scripto necesse est, ut testator ultimam suam voluntatem subscribat manu propria, et obsignet; in codicillo autem neutrum requiritur, sed sufficit, si in scriptis factum fuerit, ut testes quinque requisiti interfuerint ejus confectioni, illudque uno, eodemque tempore subscripserint; §. *fin. inst. de codicill. l. divi* 6. §. *codicillos* 1. *ff. de jur. codicill.* ibi, *neque signari necesse est.*

64

5. Testamenti praecipua pars, imo caput, et fundamentum est institutio, sive subrogatio haeredis in universum jus, quod tempore mortis testator habuit; §. *ante haeredis* 34. *inst. de legat.* Contrarium contingit in codicillo; hoc enim haereditas directe nec dari nec adimi, aut haeredi testamentario conditio adjici potest; §. *codicillis* 2. *inst. l. per manus ff.* 10. *l. haereditatem* 2. *et l. si idem* 7. *C. eod.*

Dixi *directe;* potest enim in codicillo fideicommissum relinqui, adeoque haeres institui indirecte: et hinc si haereditas codicillis directe relicta fuerit, institutio directa trahitur ad fideicommissariam, quasi haeres ab intestato succedens rogatus esset restituere haereditatem, ei, qui scriptus est in codicillo; *l. siquis* 3. *princ. ff. de jur. codicill.* idque, ut sustineatur ultima voluntas eo modo, quo potest; Zoes. *ff. eod. n.* 7. Pirh. *hic n.* 7. Similiter potest testator in codicillo significare, haeredem institutum commisisse aliquid, ob quod dignus sit privari haereditate, seque velle, ut privetur; et

tunc si delictum probetur, privabitur; *l. haereditas* 3. *C. de his, quibus ut indign. etc.*

65

Dub. 2. quot modis fieri codicilli possint? Resp. Fieri possunt quatuor modis. 1. Ante testamentum: et tunc per subsequens testamentum vel confirmantur, vel revocantur. 2. Cum testamento, sive in testamento per adjectam clausulam codicillarem. 3. Post testamentum. 4. Ab intestato.

Porro clausula codicillaris aliquando additur testamento expresse, aliquando tacite adjecta censetur: quod fit maxime in triplici casu. 1. Si testator dicat, se velle suam dispositionem valere omni modo, quo potest. 2. Si testator jurat se velle, ut omnia in testamento serventur, vel ut haeres de iis servandis juret. 3. Censetur apposita clausula codicillaris in testamento militis, et in testamento inter liberos, saltem quoad ea, quae sunt in utilitatem liberorum.

66

Effectus clausulae codicillaris, testamento explicite, vel implicite adjectae est. 1. Quod si testamentum sit nullum ob defectum solemnitatis, legata valeant, et haeres ab intestato teneatur illa solvere, dummodo testamentum habeat solemnitatem ad codicillum requisitam. 2. Haeres ab intestato, si non sit necessarius, debet haereditatem restituere haeredi per tale testamentum instituto, sicut si institutus fuisset per substitutionem fideicommissariam, quamvis retinere sibi possit quartam trebellianicam, ut colligitur ex *l. postumus* 12. §. *si paganus* 1. *ff. de injust. rupt. etc. Ratio est*, quia talis institutio fieri potuisset in codicillo, ut dictum est *numer.* 64. 3. si testator injuste exhaeredavit, vel scienter praeteriit haeredem necessarium, tenetur haeres ille vi clausulae codicillaris restituere haereditatem haeredi instituto testamento illo invalido, retenta solum portione sibi debita.

Ratio est, quia quoad alia poterat testator per substitutionem fideicommissariam eum gravare per codicillum. Dixi, *si scienter praeteriit*; si enim fecit ex ignorantia, vel per imprudentiam, et oblivionem, non praesumitur voluisse illi praeferre haeredem extraneum.

67

Dub. 3. quae solemnitates requirantur ad *donationem mortis causa?* Resp. Ad hanc de jure communi requiritur eadem solemnitas, quae ad codicillos sufficit; *l. fin. C. de donat. mort. caus.* Qaare necessarii sunt quinque testes, non tamen rogati, aut masculi. Qui autem cum paucioribus testibus testari possunt, poterunt etiam

cum paucioribus donare mortis causa, aut codicillos condere ; *l. Marcellus* 15. *ff. de mort. caus. donat.* magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *tit. de testament. ord. q.* 29.

Illud cum Harpprecht *inst. de codicill. n.* 21. hic restat notandum , solemnitatem hactenus descriptam ad valorem codicilli, et mortis causa donationis (quod etiam de legatis , et fideicommissis dicendum) non requiri ad valorem , sed tantum ad probationem : idque verum est non tantum in foro interno , sed etiam externo. Patet ex §. *fin. inst. de fideicommiss. haered. l. et si inutiliter* 2. *et l. fin. C. de fideicommiss.*

§. IV.

De haeredis institutione.

SUMMARIUM

68 *Testamentum generaliter condere possunt qui specialiter non prohibentur.*
69 *Natura prohibentur infantes, et mente capti.*
70 *Ebrii ebrietate perfecta.*
71 *Ob vitium corporis surdi, et muti simul a nativitate.*
72 *Lege ob defectum aetatis prohibentur impuberes.*
73 *Ob vitium morum prodigi, contrahentes incestas nuptias, haeretici.*
74 *Damnati ob carmen famosum, rei laese majestatis, et repetundarum, aliique lege intestabiles.*
75 *Ob defectum status filiusfamilias, servi.*
76 *Capti bello justo, obsides apud hostem.*
77 *Deportati, banniti.*
78 *Damnati ad capitale supplicium.*
79 *Canone prohibentur testari usurarii manifesti.*
80 *Excommunicati ob haeresin.*
81 *Religiosi professi, et coadjutores formati societatis JESU.*
82 *Clerici beneficiati de beneficialibus sustentationi superfluis.*
83 *Consuetudine induci potest, ut hi testari possint ad causas pias.*
84 *An etiam ad profanas, argumenta negativae sententiae.*
85 *Conducitur pro affirmativa.*
86 *Solvuntur argumenta contraria.*
87 88 89 *Prohibiti testari ne quidem ad causas pias testari possunt.*
90 *Haeredes institui possunt omnes, qui jure non prohibentur.*
91 *Enumerantur qui ab haereditate repelluntur ut indigni absolute.*
92 *Indigni secundum quid.*
93 *Incapaces simpliciter jure civili recensentur.*
94 *Incapaces secundum quid.*
95 *Prohibiti institui canone sunt haeretici, et persecutores cardinalium.*
96 *Jure speciali ff. minores de observantia, et capucini.*
97 *Professi societatis JESU, et coadjutores formati ejusdem.*
98 *Domus professae societatis cum limitatione.*
99 *Potest haeres tuta conscientia retinere partem institutionis nomine relictam ff. minoribus.*
100 *Quo tempore haeres debeat esse capax.*
101 *An noceat incapacitas temporis intermedii.*
102 *Quinam sint haeredes necessarii?*
103 *Tales non sunt fratres, et sorores.*
104 *Necessarii solum institui debent in legitimam.*
105 *Quae jure recentiore est triens, vel semis.*
106 *Quod tamen non procedit in filiis adoptivis.*
107 108 *Requisita, ut exhaeredare possit pater filium.*
109 *Filius patrem, frater fratrem.*
110 *Quo jure debeatur legitima?*
111 *Quomodo relinquenda?*
112 *An onerari illa possit fideicommisso etc.*

Praecipua testamenti pars, ut *num.* 64. insinuavi, est institutio haeredis, eaque adeo necessaria, ut sine ipsa testamentum non valeat; *l. proxime* 3. *ff. de his, quae in testam. delent. etc.* Ut rite fiat haec institutio, requiritur 1. ut fiat ab habente potestatem testandi: 2. ut testamento instituatur, capax sit institutionis, et successionis: 3. Ut in eo non praetereatur, qui debuisset institui. Atque hinc

68

Quaeritur 1. quinam possint testamentum condere? Resp. In hoc regula generalis est, quod omnes homines de bonis suis ante mortem testari possint, qui specialiter non prohibentur; *l. habeat* 1. *C. de SS. eccl. et l. ex facto* 43. *ff. de vulg. et pupillar. substit.* ubi iniquum esse asseritur, seclusa gravi causa, auferre testamenti factionem homini sanae mentis. *Ratio est*, quia testamenti factio est de genere permissorum, et edictum de iis, qui testari nequeunt, prohibitorium, cujus haec est natura, ut posse censeatur, cui specialiter non interdicitur. Estque hoc ita verum, ut ne quidem illi, qui actu nihil in bonis habent, condere testamentum prohibeantur, modo aliquid habere possint; quia per testamentum homo disponit, non tantum de iis, quae habet, sed etiam de iis, quae habebit tempore mortis. Porro ii, qui testari prohibentur, triplicis maxime generis sunt; nam aliqui prohibentur natura, alii lege, alii canone.

69

Dub. 1. quinam natura prohibeantur testamentum condere? Resp. Hi sunt duplicis generis; nam aliqui prohibentur testari ob defectum animi, alii ob vitium corporis.

Ob defectum animi 1. testari non possunt *infantes*, sive ii, qui nondum habent rationis usum, ut bonum a malo sufficienter possint discernere; Konig. *hic numer.* 15.

2. *Mente capti*, *et furiosi*, ut habetur §. *praeterea* 1. *vers. item furiosi inst. quib. non est permiss. testament. facer.* Intellige, tum, quando actu usu rationis carent: valet enim testamentum, quod condiderunt tempore lucidi intervalli; item quod condiderunt antequam inciderent in furorem, vel amentiam; *vers. item cit.* ubi ratio redditur; *quia neque testamentum recte factum, neque ullum aliud negotium recte gestum postea superveniens furor perimit.*

70

3. *Ebrii* ebrietate perfecta, et cum quodam mentis temporario exilio, quamdiu ejusmodi ebrietas durat. Aliud est, si sit modica, et talis, quae usum rationis non adimit; Reisner. *de testam. vol.* 1. *p.* 2. *cap.* 12. *n.* 3. et ex eo Konig. *n.* 15. *cit.*

In dubio, an quis fecerit testamentum tempore ebrietatis, vel furoris, aut lucidi intervalli, standum est judicio testium, et conjectura sumenda ex ipso testamento: nam casu, quo istud rite ordinatum est, pro ejus valore pronuntiandum; secus, si in eo sint impressa delirii vestigia. Qua vero ratione ipsi testes hac in re judicium formare possint, praecipue quoad aegrotos delirantes, late tradit Lugo *D.* 24. *n.* 63.

71

Ob vitium corporis testari prohibentur surdi, et muti simul a nativitate; §. *item surdus* 3. *inst. quib. non est permiss. et l. discrept.* 10. *C. qui testam. facere etc. Ratio est*, quia voluntatem suam certo manifestare non possunt.

Dixi *a nativitate*; nam si defectus iste proveniat solum ex morbo, vel casu, eo effectus, testari non prohibetur, modo ante didicerit litteras, et testetur in scriptis, quae sua sit ultima voluntas.

Addidi *muti, et surdi simul*; nam siquis tantum sit mutus, aut tantum sit surdus, testari potest, modo voluntatem suam voce, aut scripto possit exprimere; §. *item surdus, et l. discretio citt.*

Idem dicendum de *caeco*; nam is solum testari non potest in scriptis, quod scripturam recognoscere nequeat: nuncupative autem, et observata solemnitate a jure praescripta, potest; *l. hac consultissima* 8. *C. qui testam. fac. poss. et recess. imp. de anno* 1512. *tit. de notariis* §. *aber zu eines blinden.*

72

Dub. 2. quinam testari prohibeantur lege? Resp. Isti sunt triplicis generis; nam aliqui testari prohibentur ob defectum aetatis, alii ob vitium morum, alii vero ob defectum, vel conditionem status.

Ob defectum aetatis testari prohibentur *impuberes*, ut habetur §. *praetera* 1. *inst. quib. non est permiss. et l. si filiusfam.* 9. *ff. qui testam. facer. Ratio est*, quia licet aliquod judicium habeant, fragile tamen illud, et ad hunc actum non satis firmum, et cons. non justa voluntas esse videtur; *l. fin. C. de testament. milit. Proceditque* hoc, etsi impubes ejusmodi sit pubertati proximus, vel praecocitas judicii, et malitia aetatem suppleat, ut recte advertit Konig *hic n.* 18. quia leges praecisae certum annorum numerum ad testamenti factionem postulant: hinc Ulpianus *l. in omnibus* 1. §. *unde quaeritur* 1. *ff. de tutel. et ration. distrah.* respondit, pupillos ne quidem authoritate tutoris interveniente, testari posse.

Dixi *impuberes*; nam puberes; licet alios actus inter vivos, quando minores adhuc sunt, sine curatorum suorum consensu celebrare nequeant, possunt tamen sine eorum consensu testari. *Ratio est*, quia consensus curatoris solum requiritur, ne minor sibi

praejudicet ; atqui testando non sibi praejudicat, cum testamenti effectus primum post mortem eveniat.: ergo etc.

73

Ob vitium morum intestabiles a jure civili redditi sunt 1. *prodigus*, cui a judice bonorum administratio est interdicta; §. *item prodigus* 2. *inst. et l. is cui* 18. *ff. qui testam. fac. poss. Proceditque hoc*, etiam de testamento, quo salubriter, et prudenter posteritati suae consuluerunt, nisi hoc fecerint ante interdictum; quia *LL. cit.* loquuntur generaliter : unde non est attendenda *novella Leonis* 39. quia ejusmodi testamentum etiam tempore interdicti confectum approbatur.

2. *Qui incestas nuptias scienter contraxit*; nam horum bona omnia statim fisco cedunt; *novell.* 12. *c.* 1. si tamen liberos ex justo matrimonio habeat, hi succedunt, et fisco praeferuntur, imo et ascendentes usque ad tertium gradum ; *novell.* 134. *c. ult.*

3. *Haeretici*, et eorum credentes, fautores, receptatores; *l. manichaeos* 4. §. *ergo* 5. *et auth. credentes C. de haeret. et manichaeis. Procedit* autem hoc de haereticis non toleratis ; nam illi, qui in Germania nostra confessionem augustanam profitentur, testari possunt, quia ob pacem, et foedus cum eis initum, permittente, et tacite consentiente pont. retinent jura, et immunitates civiles, ut notat Laym. *l.* 2. *tr.* 1. *c.* 16. *n.* 4.

74

4. *Damnati ob carmen, et libellum famosum*, ut habetur *l. is cui* 18. *cit. in fin.* quae tamen legis sanctio hodie parum attendi videtur ob frequentiam illorum, qui libellis famosis aliorum famam proscindere satagunt : habet tamen, ut notat Stryck *de cautel. testam. c.* 5. §. 50. etiam nunc effectum istum, ut si advocatus, ad impugnandum testamentum adhibitus, exceptionem intestabilitatis ex hoc capite opposuerit, omnino audiendus sit, cum claram legem, nullibi mutatam pro se habeat.

5. Rei criminis laesae majestatis; *l. ex judiciorum* 20. *ff. de accusat.* item *rei reputandarum*, ut habetur *l. ead.* ubi hoc delictum priori crimini laesae majestatis conjungitur, et asseritur, ob tale crimen facultatem de bonis suis testandi amitti.

6. Denique quicunque *lege intestabiles* sunt esse jussi *l. cum lege* 26. *ff. qui testam. fac. poss.* ubi ratio redditur ; quia *cum lege quis intestabilis jubetur esse, eo pertinet, ne ejus testimonium recipiatur, et eo amplius .... ne ipsi dicatur testimonium* ; condi autem testamentum nequit, nisi adhibitis testibus : ergo qui lege intestabiles facti sunt, cum testimonium ipsis dici non possit, condere testamentum non poterunt.

75

Ob defectum, *vel conditionem status* denique condendi testamenti facultatem non habent. 1. *filiusfamilias*: ubi tamen distinguendum est inter ejusdem bona; solum enim testari non potest de bonis adventitiis; *inst. princ. quib. non est permiss. l. qui in potestate* 6. *pr. ff. et l. senium* 3. §. *filium* 1. *C. qui test. fac.* de castrensibus autem, et quasi castrensibus, si pubes sit, testamentum condere non prohibetur; *princ. cit. et fin. C. eod.* neque opus est ad hoc consensu patris; quia in his patrisfamilias locum obtinet; *arg. l. nulla* 4. *ff. de jud.* et passim DD.

2. *Servi*, sive deinde sint servi hominis, sive poenae, v. g. ad metalla damnati; *l. ejus* 8. *l. filiusf.* 16. *l. si filiusf.* 19. *ff. qui testam. facer.* Neque potest ad testamentum condendum consensum eisdem praestare dominus, quia *testamenti factio non privati*, *sed publici juris est*, ut ait Papinianus *l. testamenti* 3. *ff. eod.* intelligi autem hoc debet de servis proprie dictis; nam improprie tales vulgo *leibeigne*, a testamenti factione de jure communi non excluduntur.

76

3. *Capti bello justo* item *obsides*, qui sunt loco captivorum; §. *servi* 3. *inst. de jur. pers. l. eum qui* 8. *princ. et l. obsides* 11. *ff. qui testam. fac. Procedit hoc* antiquo jure romano; hodierno enim inter christianos, sublata hac servitute, capti bello, et obsides potestatem testandi habent, et eorum testamenta, licet in captivitate apud turcas, et infideles condita, sustinenda sunt; quia etsi ab ipsis ejusmodi captivi habeantur pro servis, nos tamen tales eos non reputamus; Fleck. *biblioth. jur. l.* 2. *tit.* 20. *n.* 29. Manz. *de testam. tit.* 12. *n.* 179. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg. *tit. quib. non est permiss. q.* 1. magnif. D. Verlohner *de mod. succed. art.* 2. *q.* 1. *n.* 5. *et* 6. clariss. P. Schmier *de success. haered. p.* 1. *c.* 1. *n.* 47.

77

4. *Deportati*, ac quibus igni, et aqua interdictum est; *l. ejus qui* 8. §. *si cui* 1. *et seq. ff. qui test. fac. poss.* idem videtur dicendum de *bannitis*, *aut proscriptis* ab imperatore, vel camera imperiali; non vero de *relegatis*, aut proscriptis ex aliquo statu imperii. *Ratio diversitatis est*, quia priores desinunt esse cives romani, et simul habentur pro hostibus imperii; posteriores autem jus civitatis romanae retinent, ac proinde jus testandi salvum iisdem manet; Gaill. *de pac. publ. l.* 2. *c.* 12. *n.* 4. *et* 5. Haun. *de J. et J. tr.* 6. *n.* 220. Konig *hic n.* 24.

78

5. *Damnati ad mortem*, *seu capitale supplicium*, spectato saltem jure antiquo; *l. ejus qui cit. et l. siquis* 6. §. *sed etsi* 6. *ff. de injust. rupt. etc.* ubi additur ratio, quia servi poenae fiunt, bonaque eorum confiscantur. Verum haec ratio jure recentiori *novell.* 134. *c. ult.* non procedit, nam isto jure sollummodo publicantur illorum bona, qui majestatis crimine damnati sunt, vel postquam de capitali crimine sunt accusati, mortem sibi ipsis conscribere, et supplicium anteverterunt; ceterorum vero bona parentibus, et liberis usque ad tertium gradum servantur. Hinc non pauci cum magnif. D. Verlohner *q.* 1. *cit. n.* 9. existimant, hodie, spectata saltem aequitate, ita damnatos, seclusa contraria consuetudine, de bonis suis testari posse.

Dub. 3. quinam testari prohibeantur canone? Resp. Horum duo sunt genera; nam aliqui prohibentur in poenam delicti, alii ob conditionem status.

79

In poenam delicti intestabiles de jure canonico sunt. 1. *Usurarii manifesti*, nisi prius satisfecerint, et usuras restituerint, vel cautionem idoneam de iis restituendis praestiterint; *c. quanquam* 2. junct. gloss. *V. aliter de usur. in* 6. *Proceditque hoc*, etsi condidisset usurarius testamentum antequam manifestus fieret; quia *c. cit.* usurario absolute negatur facultas testandi: atqui etsi condiderit testamentum ante crimen, vel manifestationem illius, si tamen decedat in crimine, vere dicitur testari ut usurarius; quia testari non est tantum scribere, vel nuncupare haeredem, sed sua bona vi ultimae dispositionis illi relinquere; ergo etc. Addidi *manifestus*; nam, si dum vivebat, manifestum non fuit ejusdem crimen, etsi manifestetur post ejus mortem, testamentum ab usurario conditum valet; quia testamentum morte testatoris confirmatur, quo tempore usurarius notus adhuc non erat.

80

2. *Excommunicati ob haeresin*, eorumque fautores, receptatores, defensores etc. *c. excommunicamus* 13. §. *credentes de haeret.* quod aliqui extendunt etiam ad reliquos excommunicatos non toleratos, ex eo, quod nequeant communicare cum testibus, sine quibus condi testamentum non potest. Sed argumentum istud non evincit intentum; esto enim communicando cum testibus, et sic condendo testamentum excommunicatus agat illicite, non tamen agit invalide, cum non obstante excommunicatione, jus, et dominium temporalium bonorum retineat, et per ipsam potestatem de iis dispo-

nendi non amittat. Hinc dicendum, ita excommunicatos adhuc testari valide. Ita Engl *hic n.* 8. Vviest. *n.* 23. clariss. P. Schmier *p.* 1. *de success. haered. c.* 1. *n.* 61. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *tit. quib. non est permiss. q.* 10. et sumitur ex *c. excommunicamus* §. *credentes cit.* quo textu ss. canones potestatem testandi solum adimunt excommunicatis ob haeresin : igitur per argumentum a sensu contrario reliqui excommunicati potestatem testandi retinent ; exceptio enim firmat regulam in casibus non exceptis; *l. quaesitum* 12. §. *item respondit* 13. junct. gloss. *V. non potest ff. de instruct. vel instrum. legat.*

3. Denique, qui hostiliter persequuntur, capiunt, percutiunt aliquem ex S. R. E. cardinalibus, vel ad capturam ejus, percussionem etc. cooperantur; *c. felicis* 5. *de poenis in* 6.

81

Ob conditionem status canone testari prohibentur. 1. *Religiosi professi*; nam isti regulariter neque ad causas pias, etiam cum licentia superioris sui ordinati testari possunt; *can. quia ingredientibus* 7. *caus.* 19. *q.* 3. *et c. quia* 2. *h. tit. Ratio est*, quia cum velle, et nolle non habeant, *can. non dicatis* 11. *caus.* 12. *q.* 1. in iis deficit voluntas, et simul bona, de quibus testentur, cum ob votum solemne paupertatis fere incapaces dominii, ac proprietatis sint, et quidquid acquirunt, acquirant monasterio; *auth. ingressi C. de ss. eccl.* Idem dicendum de *coadjutoribus formatis* societatis Jesu; non vero de iis, qui post biennium novitiatus simplicia vota in eadem ediderunt, et *scholastici*, vel *coadjutores nondum formati* dicuntur; nam etsi et hi vere religiosi sint, sunt tamen capaces dominii, ut habetur in bullis Gregorii XIII. incipit *quanto fructuosius, et ascendente Domino* : igitur etiam testari poterunt de bonis suis, saltem de superiorum suorum licentia. Multo magis testari possunt *novitii*; quia cum nondum emiserint vota substantialia religionis, dominium bonorum nec ademptum, nec ligatum ipsis est. Imo ex privilegio pontificio de bonis, quorum administrationem, et usum habent, aliquando testari possunt etiam religiosi professi : et tale defacto habent ordines militares S. Joannis equitum melitensium, et S. Mariae Teutonicorum etc.

82

2. *Clerici beneficiati*, non quidem absolute (nam de patrimonialibus, et quasi patrimonialibus integra ipsis ut disponendi, ita etiam testandi potestas est) sed de beneficialibus, seu intuitu ecclesiae principaliter quaesitis, et congruae sustentationi superfluis, ut clare habetur *c. quorundam* 1. *C. adhaec* 8. *et c. quia nos* 9. *h. tit. Procedit* autem hoc, spectato jure communi; nam ex privi-

legio pontificio potestas testandi clericis dari potest, non solum ad causas pias, sed etiam ad profanas; cum enim potestas ista sublata sit clericis jure tantum ecclesiastico, pontifex, qui est supra omne jus ecclesiasticum, dispensare in lege potestatem eam tollente poterit.

83

Gravis est difficultas, et celebris controversia, an per consuetudinem, saltem immemorialem, induci possit, ut beneficiarii de reditibus ecclesiasticis superfluis, et illis, quae ex his comparata sunt, libere, ac licite testari, vel per aliam ultimam voluntatem possint disponere? *Certum est*, quod consuetudine induci possit, ut testari valeant ad causas pias; nam id aperte colligitur ex *c. relatum* 12. *hoc tit.* ubi Alexander III. diserte asserit, non improbandam consuetudinem, vi cujus de bonis mobilibus per ecclesiam quaesitis aliqua pauperibus, et religiosis locis, et iis, qui viventi serviunt, juxta servitii meritum conferantur. Accedit ratio, quia per hoc nihil fit, quod adversatur juri naturali justitiae, vel intentioni fundatorum, et cons. non apparet, quo ex capite reprobetur hujusmodi consuetudo. Punctum controversiae in eo situm est, an obtineri a clericis per consuetudinem, saltem immemorialem, possit facultas disponendi de bonis beneficialibus superfluis ad causas profanas?

84

Negativam acriter defendunt Abb. *in cap.* 7. *h. tit. num.* 5. Navar. *de redit. eccl. q.* 1. *monit.* 53. *et q.* 3. *monit.* 1. *et duob. seqq.* Molin. *tr.* 2. *de J. et J. D.* 147. *n.* 31. Tann. *tom.* 3. *D.* 4. *q.* 6. *dub.* 8. *n.* 249. Vasq. *de redit. c.* 2. §. 1. *n.* 83. Laym. *l.* 4. *tr.* 2. *c.* 3. *n.* 7. Henric. Canis. *in cap.* 1. *h. tit. n.* 18. Engl. *hic n.* 3. Pirh. *n.* 42. P. Krimer *n.* 2149. P. Reiffenstuel *n.* 335. P. Schimier *p.* 1. *de success. haered. c.* 1. *n.* 91. *et seqq.* et alii, ex quorum sententia consuetudo ista irrationabilis, ac proinde invalida est. *Fundantur* 1. *arg. c. relatum cit.* ubi pontifex, ut vidimus, solum approbat consuetudinem relinquendi ad causas pias: igitur a contrario inferendum videtur, quod improbari debeat consuetudo, qua clerici de bonis, intuitu ecclesiae quaesitis, testantur ad causas mere profanas. 2. Clericis testamenti factio ad causas profanas prohibita est a ss. canonibus, ut congerendis opibus minus intenti, magis autem proni sint ad causas pias promovendas, et eleemosynas largiendas, dum vivunt: atqui si consuetudo universaliter permittens facultatem testandi ad causas profanas legitimae consuetudinis authoritatem habet, finis iste non obtinetur, sed potius excitantur studia fini huic contraria: igitur consuetudo ista non legitima, sed irratio-

nabilis dici debet. 3. Beneficiarii majorem facultatem a jure sibi concessam habent, ut disponere de bonis ecclesiasticis sibi superfluis possint inter vivos, quam mortis causa: atqui ex DD. omnium confessione graviter peccant clerici, si ejusmodi bona in magna quantitate expendant ad usus profanos e. gr. donando consanguineis divitibus; ergo similiter, imo magis peccabunt mortaliter, si de iis ad easdem causas disponant mortis causa. 4. Episcopi de superfluis redditibus ecclesiasticis testari nequeunt, nisi ad causas pias, imo nec ad has quidem sine speciali facultate summi pontificis; atqui episcopi ideo non possunt testari ad causas profanas, quia praesumuntur habere amplos, et superfluos reditus: ergo nec clerici ita testari poterunt, si et ipsi superfluos, et abundantes reditus habeant: habent autem persaepe, praesertim in Germania nostra: ergo etc. 5. Ejusmodi consuetudo non leve damnum infert ecclesiis, et parum utilitatis affert haeredibus profanis: iilis quidem, quia hoc modo beneficiatorum bonis alio aversis ipsae negliguntur; his autem, quia ut experientia constat, clericorum bona apud haeredes profanos vix unquam fructificant, imo mala magna, et clades familiis afferunt, manifesto indicio maledictionis divinae. 6. Multi dubitant, alii etiam negant, uspiam introductam esse consuetudinem de reditibus superfluis testandi ad causas profanas; quia dicunt, in iis locis, ubi ex consuetudine clerici de bonis suis indistincte ad causas profanas testantur, hoc permitti, quod beneficia ibi censeantur non dare superfluos reditus.

85

Haec sententia quamvis admodum probabilis sit, et in praxi suadenda, probabilior tamen tum authoritate, tum ratione videtur affirmativa, cum qua dicendum, posse per consuetudinem, saltem immemorialem, induci facultatem disponendi de reditibus ecclesiasticis etiam ad causas profanas. Ita Covar. *in cap.* 7. *h. tit. n.* 23. Azor. *p.* 2. *l.* 7. *cap.* 9. *q.* 1. Garc. *p.* 2. *de benef. c.* 1. *n.* 16. *et seqq.* Barb. *jur. eccl. l.* 3. *cap.* 17. *n.* 68. Gonz. *in c.* 12. *h. tit. n.* 2. Haun. *tom.* 2. *tr.* 6. *n.* 257. Gletle *de testam. p.* 1. *cap.* 4. §. 7. *n.* 13. *et seqq.* Schamb. *de testam. p.* 1. *q.* 40. *per totam.* magnif. D. Verlohner *de testam. art.* 2. *q.* 1. *n.* 15. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *tit. quib. non est permiss. test. facer. q.* 19 Vviest. *hic n.* 20. et apud hos plurimi alii *cit. Ratio est* 1. quia quod clerici beneficiarii de ejusmodi bonis testari nequeant, jure humano tantum est introductum: atqui jus humanum, etiam ecclesiasticum, consuetudine legitime praescripta abrogari potest; *c. fin. de consuet.* idque vel in totum, vel in partem: ergo etc. 2. Facultas de bonis istis testandi a clericis obtineri potest per privilegium pont. et tale ex

concessione Julii III. et Pauli V. habent clerici romani, et urbi romanae vicini: atqui consuetudo, saltem immemorialis, in jure aequiparatur privilegio; *c. super* 26. *de V. S.* ergo etc. 3. Consuetudine induci potest, ut fructus beneficii vacantis ad aliquod tempus cedant haeredibus defuncti, vel aliis personis, etiam saecularibus; nam haec non reprobatur *extrav.* 2. *Joann. XXII. de elect.* 4. Pontifices, et alii superiores ecclesiastici sciunt, hanc consuetudinem testandi etiam ad causas profanas passim vigere, nec contradicunt, vel illam damnant, utique contradicturi, si irrationabilis esset.

86

Neque sententiam istam subruunt argumenta *n.* 84. allata. *Ad* 1. textus *c. relatum cit.* tantum constituit jus humanum, cui derogari potest per consuetudinem, nisi ista improbetur ut irrationabilis; non autem improbata est ullo jure consuetudo testandi etiam ad causas profanas: ergo etc. *Ad* 2. quod ob ejusmodi facultatem testandi ad causas profanas aliquando clerici studeant bona congerere, et minus liberales fiant in pauperes, et causas pias, per accidens solum est, neque facit, ut propterea ipsa consuetudo reprobari debeat; nam etiam ex eo, quod iisdem per jus commune sublata sit potestas testandi libere, quandoque illi accipiunt ansam ea prodigendi, vel negligendi, neque tamen propterea jus potestatem hanc tollens irrationabile dici debet, aut potest. *Ad* 3. etiam adversus legem, qua inter vivos ad causas profanas disponere prohibentur clerici, praevalere consuetudo, saltem immemorialis, potest, cum et ipsa sit lex mere humana, quamvis defacto melius negetur, ejusmodi consuetudinem alicubi vigere, et legitime introductam esse. *Ad* 4. quod aliqui etiam ex nostrae sententiae patronis defendant, episcopos ad causas profanas de superfluis reditibus suis testari non posse, causa non est, quod putent pro ipsis ejusmodi consuetudinem induci non posse, sed quod existiment, talem consuetudinem defacto nondum esse inductam. *Ad* 5. damnum, quod ex consuetudine hac patiuntur ecclesiae, non est injustum, cum superflua ipsis ex justitia non debeantur, et si aliquando fuissent debita, consuetudine, praesertim immemoriali, sic debita esse desiissent. Quod vero talia bona apud laicos non fructificent, causa non est, quasi injusto titulo illa acquisiverint, sed quia cum sine labore illa acquisierint, leviter illa prodigant. *Ad* 6. difficile est negare aut consuetudinem hujusmodi alicubi vigere, aut omnia beneficia in tali dioecesi, ubi consuetudo haec viget, adeo esse tenuia, ut non plura ex illis reditus superfluos afferant.

87

An vero ceteri, qui jure testatoris prohibiti sunt, saltem testari possint ad pias causas, in dubium vocari potest: in quo, ut certa ab incertis dividantur, pro certo habendum est etiam ad pias causas testari non posse. 1. Infantes, mente captos, et furiosos, saltem extra tempus dilucidi intervalli; quia ob defectum usus rationis carent judicio, et voluntate. 2. Haereticos, et majestatis crimine condemnatos; quia talium bona addicuntur fisco. 3. Religiosos, ut dictum est *n.* 81.

Dubium procedit in reliquis: in cujus resolutione non conveniunt DD. Affirmant cum quibusdam Riccius *prax. aur. p.* 4. *res.* 89. et duplex sententia ista fundamentum habet. 1. *ex. l. habet* 1. *C. de ss. eccl.* ubi Constantinus Augustus potestatem relinquendi sua locis sacris, et causis piis concedit unicuique generaliter, et nullo inter personas facto discrimine. 2. Quia ss. canones in testamento ad pias causas plus non exigunt, quam quod requiritur jure naturali, et gentium, ut dictum est *n.* 44. atqui jure naturali, et gentium isti non prohibentur testari ad causas pias: ergo etc.

88

Haec opinio pia quidem, et ubi consuetudo locorum non adversatur, in praxi tenenda est; si tamen juris rigorem velimus attendere, verior est negativa, quam etiam defendunt Clar. §. *testamentum q.* 5. *n.* 2. Tholosan. *l.* 32. *synt. c.* 8. *n.* 3. Vasq. *l.* 3. *de success.* §. 22. *n.* 2. Barry *l.* 1. *de success. testat. et intest. tit.* 4. *n.* 12. Vviest. *hic n.* 21. et apud hos plures. *Ratio est*, quia potestas condendi testamentum introducta est jure civili, ut dictum est *n.* 4. igitur quibus illa hoc jure adempta est, iis neque ad causas pias competere potest, nisi concessa, vel restituta sit a ss. canonibus: nuspiam autem in his concessa, vel restituta praedictis legitur, ut testari possint ad causas pias: ergo etc. *Conf.* ex *cap. licet* 4. *vers. quamvis de sepult. in* 6. ubi filiof. specialiter indulgetur, ut cum consensu patris per ultimam voluntatem de bonis adventitiis relinquere ad causas pias posset, igitur ante hoc indultum neque ad causas pias etiam de consensu patris testari poterat: hoc autem non ob aliam causam, nisi quia lege prohibetur: ergo sine speciali indulto canonum nec ceteri lege intestabiles testari possunt ad causas pias.

89

Neque contrarium evincunt argumenta opposita. *Ad* 1. generalis illa particula *unicuique* in *l. habeat cit.* ut *ibid.* interpretes explicant, intelligi debet de personis habilibus: ratio explicationis istius est, quia *l. cit.* imperator solum abrogavit leges imperatorum antiquiorum, quibus vetabatur per ultimam voluntatem aliquid relin-

qui collegiis orthodoxis, tanquam illicitis; quoad habilitatem autem personarum, quae prohibentur testari, nihil mutavit. *Ad* 2. in testamentis, et ultimis voluntatibus ad causas pias sufficit observari ea, quae jure gentium requiruntur quoad solemnitates, et modum testandi; at quoad personarum habilitatem spectandum est jus civile, quod cum personis hujusmodi testandi potestatem ademerit generaliter, censebitur adempta illis etiam quoad causas pias.

90

Quaeritur 2. quinam haeredes esse, et institui possint? Resp. Haeredes esse possunt omnes omnino homines, nisi specialiter prohibeantur, quicunque illi sint, sive laici, sive clerici, et ipsi etiam religiosi. Si tamen religiosus instituatur haeres, ipsi relicta acquiruntur monasterio cum ipse proprietatis sit incapax. *Excipiuntur* scholastici societatis JESU, et coadjutores nondum formati, qui haeredes in particulari ita institui possunt, ut sibi acquirant, nisi jam bonis suis renuntiaverint.

Neque institui tantum possunt personae in particulari, sed etiam communitates, et collegia, ecclesiae, hospitalia, monasteria, congregationes, et conventus utriusque sexus regularium: imo ipse DEUS, et ss. coelites, ut patet ex *l. lex falcidia* 1. §. *ad municipium* 5. *ff. ad leg. falcid. l. quoniam* 26. *C. de ss. eccl. et novell.* 131. *cap.* 9. Si DEUS, et BB. coelites sint instituti, vel legati nomine ipsis aliquid relictum, illud impendi debet in horum cultum, altarium, et templorum ornatum, alimenta pauperum etc. ut recte aliis *cit.* advertit P. Vviest. *hic n.* 116.

Dixi autem, quod omnes homines, communitates etc. haeredes esse possint, nisi specialiter prohibeantur. Horum autem duplex est genus; alii enim prohibentur ipso jure, et vocantur *incapaces*; alii quidem ipso jure possunt existere haeredes, sed sine effectu, cum eis auferatur haereditas, et hi appellantur *indigni*. Ex iis, qui incapaces dicuntur, alii tales facti sunt lege, alii canone, alii jure speciali.

91

Dub. 1. quinam ab haereditate capienda repellantur ut *indigni*? Resp. hos duplicis esse generis; nam aliqui sunt absolute tales, alii secundum quid. *Absolute indigni* sunt, quibus haereditas aufertur, et acquiritur fisco. *Secundum quid indigni* sunt, quibus aufertur haereditas, et acquiritur proxime venientibus ab intestato.

Sub priori indignorum classe sunt. 1. Qui testatore per vim occiso, ante quaestionem, ob homicidium de familia habitam, tabulas estamenti aperuit, recitavit, descripsit, atque haereditatem adiit; l. *cum aliter* 1. *et tot. tit. ff. de S. C. silan. l. si ea quaestio* 3. *C.*

de his, *quib. ut indign. haered. aufer.* 2. Qui mortem testatoris, vel injuria, vel veneno necati, non vindicavit; *l. necessarios* 5. §. *fin. l. si sequens* 15. §. *cum ex parte* 1. *et* §. *seq. ff. de S. C. silan. l. haeredem* 17. *ff. de his*, *quae ut indign. l. haeredes* 1. *l. cum fratrem* 9. *et l. cum silanianum* 11. *C. de his*, *quib. ut indign.* 3. Qui testatorem occidit; *l. fin.* §. *praeterea* 4. *ff. de bon. damnat.* imo et is, qui occiso non succurrit, cum facile potuisset; *l. indignum* 3. *ff. de his quae ut indign.* Excipitur, nisi occisus ante mortem injuriam remiserit expresse, vel tacite, reum post factam injuriam instituendo, vel testamentum, cum posset, non immutando. 4. Qui patronum post ejus mortem, quasi illicitae mercis negotiatorem, detulit; *l divi* 1. *ff. eod.* Neque obest, quod hoc agendo praemium a rep. mereatur; quia, cum ingratitudinis quaedam sit species patroni delatio a liberto facta, aliud a rep. exspectare praemium debet, quam haereditatem, vel partem legati, quam sibi fiscus hoc casu non ut poenam, sed ut debitam sibi vendicat; Brunnem. *ibid. n.* 6. 5. Qui testamentum usque ad ultimam sententiam impugnavit tanquam falsum per calumniam; *l. alia* 8. *C. de his*, *quib. ut indign.* Idem dicendum de eo, qui testamentum inofficiosum dixit, atque succubuit; *l. Papinianus* 8. §. *meminisse* 14. *ff. de inofficios. testam.* 6. Qui contra legum praecepta, et constitutiones principum sciens uxorem duxit; quae enim per supremam voluntatem hujus uxoris ei relicta sunt, a fisco vendicantur; *l. aufertur* 2. §. *idem si* 1. *ff. de his*, *quae ut indign. l. siquis* 6. *et auth. ex complexu C. de incest. et nut. nupt.* 7. Qui vivi, et ignorantis testatoris bona tanquam sua alicui donavit, adeoque spem futurae successionis praematura dispositione anteverlit; nam mortuo testatore, haereditas applicatur fisco; *l. aufertur cit.* §. *fin.* 8. Qui fidem in fraudem legis accommodavit, ac secreto promisit, quod velit relicta in testamento restituere personis, quae capere aliquid prohibentur; *l. in fraudem* 10. *pr. ff. de his*, *quae ut indign.* 9. Qui postquam testamento institutus est haeres, postea in codicillis a testatore pronuntiatur indignus; *l. haereditas* 4. *C. quae his*, *quib. ut indign.* 10. Qui in priori testamento institutus, in posteriore ab eodem testatore praeteritus, et ipsi a testatore sciente haeres incapax praelatus est; *l. cum quidam* 12. *ff. de his, qui ut indign.* 11. Qui semel institutus, testatorem volentem mutare testamentum quo minus mutaret, actu prohibuit juxta dicta *n.* 20.

92

In secunda indignorum classe numerantur. 1. Qui capitales inimicitias cum testatore exercuit; nam si apparet noluisse testatorem relicta praestari, exceptione doli mali repelli potest; *l. si inimici-*

tiae 9. *princ. ff. de his, quae ut indign. l. apud Celsum* 4. §. *praeterea* 10. *ff. de dol. mal. et met. except.* 2. Qui testatori palam, et aperte maledixit, ac infaustas voces adversus eum jactavit; *l. si inimicitiae cit.* §. *sed etsi* 1. 3. Qui testamentum in odium haeredis celavit, aut suppressit; talis quippe amittit legatum; *l. si legatarius* 25. *C. de legat.* 4. Qui a tutela gerenda, etsi capax esset, se excusavit; nam si ejus gerendae intuitu legatum ipsi relictum est, illud amittit, et ipsum legatum haeredi accedit; *l. post legatum* 5. §. *amittere* 2. *ff. quib. ut indign.* 5. Qui successione agnita, non praestitit legata, fideicommissa, et libertates intra spatium unius anni; *nov.* 1. *c.* 1. §. 1.

93

Dub. 2. quinam lege facti sint incapaces institutionis testamentariae? Resp. Etiam isti sunt duplicis generis; nam aliqui sunt simpliciter incapaces, alii secundum quid.

Simpliciter incapaces de jure civili sunt. 1. peregrini, qui jus civitatis romanae ex causa poenae amiserunt, quales sunt deportati; *l. qui deportantur* 1. *C. de haered. instituend.* quibus aequiparantur damnati in perpetuum ad triremes, et banno imperiali percussi. 2. Damnati ad metallum, vel aliud opus publicum; *l. si in metallum* 3. *ff. de his quae pro non script. habent.* 3. Haeretici non tolerati eorumque fautores, et apostatae; *l. fin. C. de haeret. et l. his, qui sanctam* 3. *C. de apostat.* 4. Liberi perduellium, seu reorum criminis laesae majestatis; *l. quisquis* 5. §. *filii* 1. *C. ad leg. jul. majest.* 5. Nubens intra annum luctus; *l. si qua mulier* 1. *de secund. nupt.* Sed legis istius rigor jure canonico temperatus est; *c. super illa* 4. *et c. fin. eod.* 6. Collegia illicita, quae sc. speciali lege aut SCto approbata non sunt; *l. collegium* 8. *C. de haered. instituend.* et ratio est, quia favorem non merentur, cum sint fomenta conspirationum, et fabricae machinationum adversus rempublicam. 7. Denique omnes ob delictum prohibiti testari; tales enim, sicut condere testamentum nequeunt, ita neque ex ipso capere possunt; Clar. §. *testamentum q.* 34. *n.* 2.

94

Secundum quid incapaces de jure civili sunt. 1. Imperator, qui institui nequit in causa litis; §. *fin. inst. quib. mod. testam. infirm.* quia, ut *l. imperatorem* 91. *ff. de haered. instit.* ait Paulus, *imperatorem litis causa haeredem institui invidiosum est; nec calumnia facultatem ex principali majestate capi oportet.* 2. Servus, suspectus de adulterio commisso cum domina; nam ab hac non potest institui, priusquam cognitio de adulterio, cujus illa insimulata est, terminetur; *pr. inst. de haered. inst.* 3. Filii naturales, nam hi, licet non

extante legitima prole, haeredes a patre scribi ex asse possint, *nov.* 89. *c.* 12. ea tamen extante, scribi duntaxat possunt in unica uncia; *l. matre* 2. *C. de natur. liber.* 4. Nepotes naturales ex filio legitimo, vel legitimi ex filio naturali; nam de his idem jus est, quod de filiis naturalibus; *l. fin. C. eod.* 5. Filii spurii, et ex coitu per leges damnato geniti; nam his licet alimenta necessaria canonica aequitate parentes jubeantur relinquere, *c. cum haberes* 5. *de eo, qui duxit in matr. quam poll. per adult.* ab ipsis tamen (ab aliis enim non prohibentur institui) haeredes scribi, vel eisdem ab intestato succedere nequeunt ; *auth. licet C. de natur. liber. et novel.* 74. *c.* 6.

95

Dub. 3. quinam haeredes institui prohibeantur canone, vel alio jure speciali? Resp. Eorum, qui canone prohibentur institui , duo sunt genera. 1. Haeretici, eorundem credentes, receptatores, fautores, ac defensores; *c. excommunicamus* 13. §. *credentes de haer.* 2. percussores, et hostiles persecutores cardinalium; *c. fin. de poen. in* 6.

Illi autem, qui speciali jure institutionis sunt incapaces, maxime religiosi sunt, non tamen omnes, nam illi, qui capaces sunt possidendi bona immobilia, etiam scribi haeredes possunt tam in communi, quam in particulari secundum suas personas, ita tamen, ut , quemadmodum *n.* 90. monui, sibi relicta acquirant non sibi, sed monasterio. Tales autem ex decreto Trid. *ses.* 25. *c.* 3. *de regul.* sunt omnes ordines religiosi tam virorum, quam mulierum etiam mendicantes.

96

Excipiuntur ob speciales ordinis sui constitutiones , et regulas 1. FF. minores de observantia, et PP. capucini; nam isti, ut patet ex *c. exiit* 3. *v. ad haec cum fratres de V. S. in* 6. *et clem.* 1. §. *item quod v. cum enim eod.* neque in communi, neque in particulari institui haeredes possunt, sed si quid ipsi relinquatur institutionis nomine, aut conventibus, vel ecclesiis ipsorum, institutio , tanquam in persona incapaci facta, nulla est, et haereditas cohaeredi adjuncto, vel substituto, aut si substitutus, vel cohaeres datus non sit, ab intestato succedendi obveniet, ut cum aliis notat Sylv. *V. testamentum* 1. *q.* 6.

97

2. Professi, et coadjutores formati societatis JESU in particulari, prout habetur *p.* 6. *const. c.* 2. §. 12. Aliud dicendum de iis , qui nondum ediderunt sua ultima vota, sicut et de ipsa societate, ejusque collegiis, et domibus probationis; nam istae capaces sunt possidendi bona immobilia: igitur scribi etiam haeredes possunt. Imo pro vali-

do habendum erit testamentum, quo instituitur haeres professus, vel coadjutor formatus, si instituatur intuitu societatis, vel certi alicujus collegii, aut domus; quia praecipue attendendum est, cujus respectu, et cujus contemplatione aliquid fiat; Mans. *de testam. t.* 6. *n.* 183. Haun. *to.* 2. *tr.* 6. *n.* 286. Vvies. *hic n.* 123.

98

3. Domus professae societatis ejusdem, non tamen absolute; nam scribi haeredes et ipsae possunt: si tamen immobilia ipsis in testamento relinquantur (idem est, si donentur) nequeunt illa retinere, sed oblata opportuna occasione, debent ea vendere, et inde redactam pecuniam in necessarios usus convertere: quia praeter ecclesiam, domum, hortum suburbanum cum domo sua ad extraordinariam religiosorum relaxationem, bona immobilia, vel reditus stabiles possidere non possunt; *const. cap.* 2. *cit.* §. 5. *et const. Julii III. incip. exposcit edita* 12. *kal. aug.* 1550.

99

Dub. 4. an cohaeres, vel substitutus, aut ab intestato succedens haereditatem, vel ejus portionem FF. minoribus institutionis nomine relictam, tuta conscientia retinere possit, vel contra aestimationem fratribus dare teneantur? Secundum affirmat cum quibusdam aliis Sylv. *V. testamentum* 1. *q.* 6. si hujusmodi haeres vel cohaeres sciat quod testator dispositionem suam jure codicilli, et meliori, quo potest, modo valere voluerit. Deducunt hoc *arg. l. cum servus* 39. §. *fin. et l. sed si res* 40. *ff. de leg.* 1. quo utroque textu, si is, cui res relicta est, illius in specie recipiendae ob personae suae conditionem capax non est, aestimatio ejusdem ipsi debetur, si hujus saltem sit capax.

Sed melius negatur, quod eo casu haeres etiam in foro conscientiae teneatur ad aestimationis praestationem. Ita Bald. *in auth. ingressi C. de SS. eccl. n.* 4. Fel. *in c.* 8. *de prob. n.* 52. Rodriq, *to.* 2. *regul. q.* 78. *art.* 2. Gletle *de test. p.* 2. *c.* 1. §. 2 *n.* 11. Vvies. *hic n.* 122. et noviss. clariss. P. Schm. *p.* 1. *de succes. haered. c.* 1. *n.* 190. Colligitur ex *clem.* 1. *ver. cum enim de V. S.* ubi FF. minores dicuntur successionis nullatenus capaces esse; jam autem essent aliquo modo capaces successionis, si ipsis deberetur aestimatio pro rebus relictis: ergo etc. *Conf.* quia clausulae *ut testamentum valeat jure codicilli*, *et meliori modo*, *quo potest*, effectus est conversio institutionis in fideicommissum universale; hujus autem incapaces sunt conventus, et ecclesiae minorum non minus, quam institutionis directae *per vers. cum enim cit.* ergo etc.

Neque obstant textus allati; distinguendum enim est inter eos, qui successionis haereditariae simpliciter capaces sunt, et inter eos,

qui ejusdem omnino sunt incapaces: prioribus, si rei relictae recipiendae ob conditionem personae capaces non sunt, debetur aestimatio illius, non vero posterioribus, quippe cum receptio aestimationis sit quaedam species successionis.

100

Dub. 5. quo tempore haeres debeat esse capax? Resp. Hic distinguendum est inter haeredem extraneum, et suum. Nam si *extraneus* instituitur haeres, tria in eo tempore debent inspici, quibus capax esse debet, nim. tempus facti testamenti, quia institutio incapacis non valet; tempus mortis testatoris, quia per hanc institutio confirmatur; et tempus aditae haereditatis, quia tunc res haereditariae haeredi acquiruntur cum effectu; §. *in extraneis* 4. *inst. de haer. qual. et differt. l. si alienum* 49. §. *in extraneis* 1. *ff. de haered. instituend.* At in *haerede suo*, *et necessario* tempus aditionis non consideratur, sed sufficit duobus temporibus, nempe testamenti conditi, et mortis testatoris capacem esse: quia in suis haeredibus non est necessasia aditio, cum ipsa suitas absque ulteriori facto iisdem pro aditione sit; *l. in suis* 14. *ff. de suis, et legit.* Harpprech. *ad* §. *in extraneis* 4. *cit. n.* 2. Manz. *de test. t.* 6. *q.* 9. *a n.* 1. mag. D. Verlohner *de test. art.* 6. *q.* 2. *n.* 9. clar. P. Schm. *de succes. haered. p.* 1. *c.* 1. *n.* 194. *et seq.*

101

Quodsi medio tempore, quod intercessit inter institutionem, et mortem testatoris, vel inter mortem hujus, et aditionem haereditatis incapacitas superveniat, haeredi illa non nocet; quia tria tantum tempora, ut dictum est, inspici debent, ut ait Florentinus; *l. si alienum cit. vers. medio autem.* Et hinc si civis romanus sit haeres scriptus, postea vivo testatore peregrinus factus, mox iterum ad civitatem pervenit, incapacitas tempore, quo peregrinus fuit, non attenditur, ut recte infert Ulpianus *l. sed si* 6. §. *solemus* 2. *ff. eod. conf.* nam neque si ipse testator medio tempore inter testamentum a se conditum et mortem suam factus est incapax, propterea testamentum vitiatur, vel irritatur; §. *non tamen* 6. *inst. quib. mod. testam. infirm.*

102

Quaeritur 3. quinam praeteriti in testamento nequeant, ita, ut vel institui, vel nominatim exhaeredari illos necesse sit? Resp. Tales sunt 1. Filii, et filiae legitimae, horumque, si praemortui sint, nepotes, et neptes; §. *sui autem* 2. *inst. de haered. qual. et differ.* etiam posthumi, etiam adoptati ab ascendentibus; *princ. et* §. *nominatim* 1. *inst. de exhaer. liber.* Imo hodierno jure etiam emancipati; §. *emancipatos* 3. *inst. eod.* 2. respectu matris etiam filii illegitimi; nam hi, licet, si instituti sint, hodierno jure ab haereditate ab-

stinere possint, a matre tamen institui haeredes debent; alias ipsis praeteritis, invalidum fiet testamentum; P. Vviest. *hic n.* 103. 3. liberis non existentibus, a filiis institui parentes, aut his deficientibus, ascendentes alii gradu propinquiores debent; *l. nam etsi* 15. *princ. ff. de inoffic. testam. et novell.* 115. *c.* 4. *in princ.*

103

Frater fratrem non tenetur instituere, sed impune illum praeterire potest: et idem multo magis est de ceteris consanguineis collateralibus. Quodsi tamen frater, fratre germano, vel consanguineo sine causa exhaeredato, haeredem instituat personam turpem, ut sunt meretrices, concubinarii, lenones, arenarii, mimi, lusores publici, filii presbyterorum, adulterini, incestuosi, et quocunque coitu legibus damnato procreati, testamentum istiusmodi, etsi jure ipso nullum non sit, obnoxium tamen impugnationi est, et proposita a fratre, vel sorore querela inofficiosi, rumpi potest; *l. fratres* 27. *C. de inoffic. testam.*

104

Dub. 1. an haeredes necessarii in tota substantia necessario institui debeant? Resp. negative; quia nimis durum testatoribus foret, in eventum mortis non habere liberam potestatem disponendi de rebus suis, et de aliis bene merendi. Satisfacient ergo testatores, si haeredibus necessariis, quos a successione excludendi justam causam non habent, relinquant legitimam, seu illam bonorum portionem, quae iisdem jure debetur; nam de cetera substantia pro voluntatis suae arbitrio possunt disponere.

105

Porro legitima haec antiquo jure erat quadrans, seu parta pars substantiae defuncti, ut §. *sed haec* 3. *et* §. *fin. instit. de inoffic. testam.* dicitur; novo autem jure, et quo hodie utimur, portio ista aucta est, ut debeatur iisdem triens, et aliquando semis, ut de liberis patet ex *auth. novissima C. de inoffic. testam. et novell.* 18. *c.* 1. de parentibus, et aliis ascendentibus, uti etiam de fratribus, et sororibus, quando iisdem praeteritis, persona turpis est instituta, colligitur ex *c. cit. in fin.* ubi legitima aucta dicitur personis omnibus, quibus ab initio, h. e. jure antiquo, competebat querela inofficiosi: atqui istam habebant parentes praeteriti a filiis, §. *necessarius* 1. *inst. et l. nam etsi* 15. *ff. de inoffic. testam.* et fratres, si ipsis neglectis instituta fuit persona turpis; §. *non autem* 1. *inst. de inoff. testam. et l. fratres* 27. *C. eod.* ergo etc.

106

Dixi *triens, et aliquando semis*; nam portio liberis debita (quod etiam ex communiore dicendum de fratribus) augetur pro eorum-

dem numero, et triens quidem iisdem debetur, si quatuor sint, vel pauciores, semis autem, si quinque, vel plures; *auth. et novell. cit. Excipiuntur* filii adoptivi; nam horum portio legitima nullo jure est aucta, et cons. iisdem non debetur plus, quam quadrans, ut jus antiquum disposuit; Manz. *de testam. tit.* 12. *q.* 3. *n.* 15. *Ratio est*, quia illorum legitima tantum aucta est, quibus de jure antiquo querela inofficiosi competit *juxta cit. c.* 1. *novell.* atqui arrogatis non querela, sed conditio ex lege divi Pii competit: ergo etc.

Dub. 2. an semper filiis debeatur legitima? Resp. negative; nam aliquando exhaeredari possunt: quod tamen ut rite fiat, ex praescripto *novell.* 115. *c.* 3. tria requiruntur.

107

1. Ut fiat ex justa causa. Sunt autem causae 14. ibi relatae. 1. si quis parentibus suis manus intulerit. 2. si eisdem maledixerit, vel alia gravi injuria affecerit. 3. si pro patre carceri incluso detrectaverit fidejubere. 4. si parentem furiosum neglexerit, et hic postea sanus factus testetur. 5. si vitae illius insidias struxerit. 6. si accuset in causa criminali, extra casum, quo contra principem, vel rempublicam parens deliquit. 7. si damnum grave dederit. 8. si captivum non redemerit. 9. si testamentum condere prohibuerit. 10. si ut maleficus cum maleficis versetur. 11. si sit histrio, et cum histrionibus maneat. 12. si novercae se miscuerit. 13. si a vera religione desciscat, et fiat haereticus. 14. si filia ante annum 25. libidinose vixerit, et ut ita vivat, honestum matrimonium respuat. Praeter has causas nulla alia, quamvis aeque gravis, vel gravior, si in praedictis non contineatur, ad exhaeredandum filium, vel filiam sufficit, ut expresse imperator *c.* 3. *cit. princ.*

108

2. Ut illa causa diserte, et in specie in testamento exprimatur; secus, nullum praejudicium inde generabitur liberis, ut iterum habetur *c.* 3. *cit. in fin.* imo, ut cum Gom. et Covarr. teste Konig. *hic n.* 36. innumeri alii docent, testamentum ejusmodi erit ipso jure invalidum.

3. Ut causa haec exhaeredationis ab haerede in testamento instituto probetur; *c.* 3. *cit. in princ.* probationis tamen defectus non vitiat testamentum: et hinc etsi in illa haeres defecerit, propterea tamen exhaeredatus testamentum impugnare, aut haereditatem sibi vindicare nequit; Konig. *l. cit. in fin.*

109

Iisdem requisitis opus est, ut rite exhaeredentur, vel praetereantur parentes a liberis casu, quo his alias succedunt, vel fra-

tres a fratribus, casu institutae personae turpis. Pauciores tamen in his sunt exhaeredandi causae. Nam causae exhaeredandi parentes, *novell.* 115. *cit. cap.* 4. referuntur octo. 1. si pater filium accusaverit criminaliter. 2. si nurui se miscuerit. 3. si vitae filii sit insidiatus. 4. si testari eum prohibuerit de peculio castrensi, vel quasi castrensi. 5. si pater matrem, et mater patrem interfecerit. 6. si captivum neglexerit reducere. 7. si furioso alimenta denegaverit. 8. si veram religionem contempserit, et haereticis adjunxerit.

At vero causae, ob quas fratres ab haereditate fratris etiam casu institutae personae turpis arceantur, *novell.* 22. *c.* 47. tres duntaxat enumerantur. 1. si frater fratri mortem machinetur. 2. si eum capitaliter accuset. 3. si facultatibus ejus magnum damnum inferat.

110

Dub. 3. quo jure liberis, parentibus, et fratribus debeatur legitima, et quo titulo, ac quomodo haec illis sit relinquenda.

Ad 1. distinctio fieri debet inter personas, quibus ea debetur; nam fratribus in casu institutae personae turpis debetur jure solum civili, ut communis DD. habet, teste P. Vviest. *hic n.* 110. qui rationem dat, quod etsi jus naturale prohibeat institui personam turpem, non tamen praecipiat, fratrem prae quovis alio, etiam pia causa, in haereditatis partem vocari. At liberis, et parentibus quoad substantiam saltem debetur jure naturae; liberis quidem a parentibus in alimenta, parentibus autem a liberis, si sine filiis isti decedant, titulo pietatis, et gratitudinis. De parentibus patet ex *cap. si pater* 1. *v. fin. h. tit. in* 6. ubi Bonifacius VIII. diserte ait, matrem a filio testamento privari non posse portione jure naturae debita: de filiis autem ex *l. scimus* 36. §. *illud praeterea* 2. *ibi*, *ne filius fraudetur debito naturali C. de offic. testam.* de utrisque ex *novell.* 1. *pr.* §. *primum* 2. ubi imperator dicit filiis, nepotibus, patribus, et matribus legitimam deberi secundum naturam. Addidi *quoad substantiam;* nam determinatio quantitatis, quod debeat esse triens, vel semissis est a jure civili: unde etiam *legitima* appellatur, videlicet a legibus, quibus determinatio ista facta est.

111

Ad 2. antiquo jure haeredibus necessariis relinqui legitima poterat quoquo modo, sive jure haereditario, sive jure legati, fideicommissi, donationis mortis causa etc. §. *igitur* 6. *inst. l. Papinianus* 8. §. *siquis mortis* 6. *ff. et l. omni modo* 30. *princ. vers. et haec C. de inoffic. testam.* verum hoc jus quoad liberos, et parentes correctum est per *novell.* 115. *cap.* 3. *pr.* ut adeo hoc jure istis legitima relinquenda sit titulo institutionis.

112

Ad 3. legitima liberis, parentibus, ac fratribus in casu turpis personae institutae relinqui libere, et sine onere debet, ita, ut illa a testatore neque fideicommisso, neque conditionibus, aut dilationibus, vel alia ratione gravari possit, prout patet ex *l. quoniam* 32. *et l. scimus* 36. §. *cum autem* 1. *C. de inoffic. testam.* et merito quidem; cum enim legitimae portio legis dispositione potius, quam judicio testatoris definita sit, conveniens non fuit, eam istius arbitrio gravaminis adjectione deteriorem reddi.

§. V.

De substitutionibus, et legatis.

SUMMARIUM

113 *Praeter institutionem in testamentis saepe fiunt substitutiones et legata.*
114 *Duplex acceptio substitutionis.*
115 *Ejus definitio, et divisio.*
116 *Definitio substitutionis vulgaris, effectus.*
117 118 *Et contraria.*
119 *Definitio substitutionis pupillaris.*
120 *Effectus.*
121 *Contraria.*
122 *Definitio, effectus, et contraria substitutionis exemplaris.*
123 *Militaris.*
124 *Compendiosae.*
125 *Reciprocae.*
126 *Definitio substitutionis indirectae, seu fideicommissariae.*
127 *Differentia a substitutionibus directis.*
128 *Divisio fideicommissi in universale, et particulare.*
129 *Expressum, et tacitum: purum, et conditionatum.*
130 *Commune, et familiare.*
131 *Quis fideicommissum possit relinquere?*
132 *Quomodo?*
133 134 *Cui?*
135 *Quis eodem onerari?*
136 *Privilegia filiifam. fideicommisso onerati.*
137 138 *Quando substitutus excludatur per ingressum religionis, et susceptionem clericatus.*
139 *Fiduciarius haeres in fideicommisso potest deducere trebellianicam.*
140 *Requisita ad hoc.*
141 *Eam deducere potest haeres suus simul cum legitima.*
142 *Probabilius etiam de jure civili.*
143 *Etiam quando legitima est semis.*
144 *Casus, in quibus deductio trebellianicae cessat.*
145 *Onera haereditatis cui incumbant?*
146 *Legati definitio.*
147 *Differentia a fideicommisso, institutione directa, etc.*
148 149 *Quis facere legata possit, et cui?*
150 *Quae res legari possint?*
151 152 *An etiam aliena?*
153 154 *Quomodo legatum relinqui possit?*
155 156 157 *Cui debeatur, si relictum sit personae, vel loco incerto?*
158 159 *Quando peti legata possint, et solvi debeant?*
160 *Gravatus legatis ex his deducere potest falcidiam.*
161 *Hujus definitio, et quis deducere illam possit?*
162 163 *Ex quibus deducenda?*
164 165 *Secundum quod tempus bonorum quantitas spectetur ad hunc effectum?*
166 167 168 *Quibus casibus deductio falcidiae cesset?*

113

Praeter haeredis institutionem, quae ut *princ.* §. *praeced.* dixi, praecipua est testamenti pars, frequenter fiunt substitutiones,

et legata. Substitutiones quidem, ut casu, quo haeres institutus haeres esse non vult, vel non potest, testamentum effectum suum habeat in alio, quem testator haeredi instituto substituit; legata autem, quia non tenetur substantiam totam haeredibus relinquere, sed trientem duntaxat, vel semissem, prout dictum est *num.* 105. extra quam portionem, quae aliis relinquuntur, qui haeredes non sunt, legata vocantur.

114

Porro *substitutionis* nomen dupliciter potest accipi: 1. *generice*, et prout non in haereditate tantum, sed etiam in legato, et donatione mortis causa fieri potest: quo sensu communiter definitur, quod sit *unius, vel plurium in alterius vel aliorum locum ad rem aliquam in ultima voluntate facta vocatio;* Molin. *tract.* 2. *D.* 182. *num.* 1. 2. *pressius*, et prout a DD. passim solet: et tunc substitutio est *vocatio ad haereditatem, vel istius partem, si in haereditatis partem quis institutus est, in locum alterius, scilicet haeredis instituti;* Vviest. *hic num.* 165. Est autem substitutio duplex, directa, et indirecta.

115

Quaeritur 1. quid, et quotuplex sit *substitutio directa? Resp. Substitutio directa* est substitutio, per quam substitutus immediate, et sine ministerio alterius instituti haereditatem testatoris consequitur. Ita fit, quando testator in ultima sua voluntate dicit *instituo haeredem Titium, et si is haeres non erit, Cajus haeres esto;* nam si Titius haeres non sit, Cajus eo casu haereditatem immediate, et propria manu, non vero alterius v. g. instituti Titii ministerio consequitur. Species substitutionis directae sex enumerantur, videlicet substitutio vulgaris, pupillaris, exemplaris, compendiosa, reciproca, et militaris. Tres tamen posteriores ad priores revocari possunt, cum ab his sola verborum conceptione differant: et hinc quidam DD. tres tantum substitutionis directae species ponunt.

116

Substitutio vulgaris, ut eam definit Duarenus *de vulg. et pupill. substit. cap.* 4. est *substitutio directa, et simplex, qua instituitur secundus haeres in casum, quo primus haeres non erit.* Dicitur *vulgaris*: quia per illam cuivis aetati, et personae institutae in casum vulgarem substituitur. *Effectus* praecipuus illius est, ut casu, quo haeres institutus haereditatem adire vel non potuit, vel non voluit, locus fiat substituto, et sic sustineatur testamentum; *l. quamdiu* 69. *ff. de acquir. vel amitt. haered. et l. aequissimo* 2. §. *si duo* 8. *ff. de bonor. possess. secund. tabul.*

117

Exspirat ex triplici capite : 1. si institutus ipse haereditatem adeat ; *l. post aditam* 5. *C. de impub. substit.* ratio est, quia deficiente conditione, deficit actus conditionatus ; atqui substitutus vocatus est ad haereditatem sub conditione , si illam institutus non adeat , et haec deficit , eo hanc adeunte ; ergo deficiet etiam substitutio , et jus haereditatem illam petendi.

2. Si substitutus ante institutum , vel aditam haereditatem decedat ; tunc enim jus substitutionis cum ipso intermoritur , ita , ut nihil inde accedat haeredibus ejusdem ; *l. un.* §. *in novissimo* 5. *C. de caduc. tollend.* jus enim, quod necdum habuit defunctus, nisi in spe, et quod in bonis ejus non fuit, non potest transmitti ad haeredes illius : nec haereditas, quam substitutus nondum adiit, deferri potuit , eo praemortuo.

118

3. Si institutus professus est religionem successionis haereditariae capacem ; tunc enim substituto excluso , professo suo succedit monasterium, vel religio, prout colligitur *ex novell.* 123. *cap.* 37. ubi monasterii favore sublata sunt omnia substitutionum onera. Ratio est , quia religiosus ipsa sua professione se , suaque bona , et jura omnia transfert in monasterium ; *auth. ingressi cod. de SS. eccl.* ergo in illud etiam transfertur jus adeundi haereditatem delatam , et ejus aditione excludendi substitutum. Additur *successionis haereditariae capacem:* nam si institutus professus est religionem incapacem haereditariae successionis , manet jus suum substituto , cum eo casu nec professus , nec religio haereditatem adire possit, et cons. censeri debeat impleta conditio, *si haeres non erit*, sub qua facta est substitutio.

119

Substitutio pupillaris est *substitutio directa* , *et simplex* , *qua quis in sua puberem potestate constitutum*, *et post mortem suam in alterius potestatem non recasurum, haeredem instituit*, *eique alium haeredem substituit sub conditione*, *sive in casum*, *quo is ante pubertatis annos decesserit.* Colligitur *ex princ. inst. de pupill. substit. l. haeredes* 1. §. *substituere* 2. *et l. seq. princ. ff. de vulg. et pupill. substit.* et approbatur a jure canonico *cap. si pater* 1. §. *fin. h. tit. in* 6. *Ratio est ,* quia cum impuberes ob judicii imbecillitatem testamenti condendi jus ante pubertatem ipsi non habeant, ut dictum est , *num.* 72. ne omnino intestati decedant , merito vicem eorum parentes supplent.

120

Effectus ejusdem praecipuus est, quod substitutus pupilli a successione, et ipsa etiam legitima excludat matrem pupilli, et ceteros ejusdem consanguineos, sive ascendentes, sive laterales, quin ulli eorum querela inofficiosi competat, prout statuitur *cap. si pater cit. l. Lucius* 45. *princ. ff. de vulg. et pupill. substit. l. Papinianus* 8. §. *sed nec impuberis* 5. *ff. de inoffic. testam. l. precibus* 8. *cod. de impuber. et aliis substit.* Ratio est, quia testamentum filius impubes non ipse sibi fecit, sed pater: igitur mater, si conqueri posset, deberet conqueri non de filio, sed de marito; de marito autem conqueri non potest, quod in testamento praeterita fuerit, quia iste uxorem instituere non tenetur: ergo etc.

121

Exspirat autem substitutio haec variis modis: 1. patre condente novum testamentum; tunc enim prius testamentum, quo substitutio facta est, rumpitur. 2. eo deportato, et passo maximam capitis diminutionem: 3. morte substituti ante impuberem, cui est substitutus: 4. impuberis emancipatione, per quam exit e potestate patris; quia, ut subsistat haec substitutio, opus est, ut impubes substitutus sit in potestate patris testatoris, non tantum tempore conditi testamenti, sed etiam mortis testatoris: 5. eodem pubertatem adepto, dum testator vivit; quia per substitutionem pupillarem ei tantum prospectum est, qui testamentum non potest condere: 6. haereditate non adita ab impubere, si ipsi extraneus substitutus fuit; quia aditionis omissione testamentum paternum corruit, et cons. etiam evanescit substitutio pupillaris.

122

Substitutio exemplaris, sic dicta, quia ad exemplum pupillaris est introducta, ex qua causa etiam *quasi pupillari* vocatur, est *substitutio simplex*, *et directa*, *qua pater, aut mater vel alius ex ascendentibus filio*, *aut nepoti mente capto*, *vel*, ut communis DD. addit, *prodigo, aut surdo*, *et muto a natura substituit haeredem alium in casum*, *quo in eodem statu*, *seu non recuperata sanitate*, *ille est decessurus.* Sumitur ex §. *qua ratione* 1. *inst. de pupill. substit. et l. humanitatis* 9. *C. de impub. et aliis substit.*

Effectus illius praecipuus est, quod eo, cui exemplariter haeres substitutus est, in furore, vel amentia, hisque vicina intemperie decedente, bona ejus undecunque quaesita ad substitutum devolvantur; *l. humanitatis cit. l. sed si plures* 10. §. *ad substitutos* 5. *ff. de vulgar. et pupill. substit.*

Exspirat haec substitutio iis fere modis, quibus pupillaris. Et 1. quidem, si testandi facultas auferatur testatori. 2. Si ejus testa-

mentum corruat, vel ex eo haereditas non adeatur. 3. Si liberi nascantur ei, cui substitutio facta est. 4. Et praecipue, si furiosus, et mente captus resipuerit, h. e. non solum ad breve intervallum, sed ita sanitatem recuperaverit, ut ea stabilis, vel saltem ad notabile tempus duratura videatur; §. *qua ratione*, *l. humanitatis cit.* ubi etiam ratio redditur; quia jam potest sibi facere testamentum.

123

Substitutio militariis, quam aliqui statim post vulgarem collocant, est *substitutio directa*, *et simplex*, *qua quis ex solo privilegio haeredem sibi substituit.*

Sunt autem milites pluribus modis privilegiati quoad faciendas substitutiones. 1. Enim miles substituere potest etiam puberi, et mentis compoti: et tunc si institutus post pubertatem decedat, is, qui eidem substitutus est, admittetur saltem ad bona, quae institutus a patre est consecutus; *l. centurio* 15. *ff. de vulg. et pupill. subsist.* 2. Potest substituere unum ad tempus certum, vel incertum, alium substituere, ut bona ipsius relicta post illud tempus ab instituto transeant ad substitutum; nam eo casu secundo institutus, seu militariter substitutus adveniente tempore, haereditatem capit immediate a testatore, neque primo institutus potest aliquid deducere, sicut potest haeres fiduciarius; *l. centurio cit.* 3. Potest substituere filio, qui sui juris non est futurus post ejus mortem; *l. cum filiusf.* 28. *ff. de testam. milit.* 4. Substitutio militis vim habet, etiamsi haereditas non adeatur ab instituto *l. miles* 41. §. *fin. ff. de testam mitit.*

124

Substitutio compendiosa dicitur, quae plures substitutionum species pro diversis temporibus, verbis saltem generalibus expressas continet, ita, ut pro uno tempore sit vulgaris, pro alio pupillaris, vel exemplaris etc. Talis est, si testator dicat: *Titius filius meus haeres esto, et quandocunque decesserit, Cajus haeres esto; vel: instituo haeredem Titium filium meum, et quandocunque mortuus fuerit, substituo Cajum*: nam haec substitutio, si Titius haereditatem non adierit, erit substitutio vulgaris; si autem adita haereditate, ante pubertatem decesserit, pupillaris; si vero post pubertatem mortuus sit amens, vel furiosus, exemplaris; et aliquando, si sana mente decesserit, fideicommissoria.

125

Substitutio reciproca denique illa dicitur, in qua testator duos, vel plures haeredes instituit, eosque sibi invicem substituit, ut si unus non possit, aut nolit esse haeres, ejus portio reliquis, vel uni ex reliquis accrescat. Exemplum ponitur *l. jam hoc jure* 4. §. *quod jus* 1. *ff. de vulg. et pupill. substit.* si v. g. testator dicat: *Ti-*

tius ex semisse haeres esto , *et ex altera semisse Cajus* : *quod si vero Titius haeres non sit*, *Cajus haeres erit solus* , *et vicissim Titius*, *si Cajus non fuerit.* Ob hanc verborum brevitatem ab aliquibus appellatur *breviloquia* ; sed ne confundatur cum compendiosa , quae non minus brevis est , melius retinetur nomen reciprocae.

126

Quaeritur 2. quid sit *substitutio indirecta ? Resp. Est*, *qua haeres testamento institutus* , *vel ab intestato veniens a defuncto gravatur* , *et obligatur* , *ut haereditatem totam*, *vel ejus quotam*, *h. e. mediam* , *tertiam* , *vel aliam similem partem alteri restituat* , *seu tradat.* Ita DD. communiter. Haec substitutio etiam *fideicommissoria* , dicitur ; id vero quod ita restitui jubetur, *fideicommissum*, cui restitutio facienda est , *fideicommissarius* ; is autem , qui ejusmodi restitutione alteri facienda gravatur , *haeres fiduciarius.*

127

Differt substitutio fideicommissoria , seu indirecta ab aliis directis. 1. Quia directe substitutus haereditatem sua manu ab ipso testatore accipit ; indirecte institutus mediante alio , seu ministerio haeredis primo instituti. 2. Substitutus indirecte , si semel haereditatem adiit, modo testandi sit capax , eam per testamentum , vel aliam ultimam voluntatem transmittere potest , ad quem vult : hoc non potest haeres fiduciarius ; nam tradere eam debet illi, qui per fideicommissum ipsi a testatore est substitutus. 3. In substitutionibus directis haereditas tota devolvitur ad substitutum haeredem sine diminutione , seu detractione alicujus partis ; at in substitutione indirecta haeres primo institutus detrahit quartam trebellianicam : de qua *num.* 139.

128

Dub. 1. quotuplex sit fideicommissum ? Resp. Est duplex, universale , et particulare. *Universale est* quando haeres fiduciarius gravatur relinquere alteri haereditatem totam, vel ejus quotam. *Particulare* , quando res singularis una , vel plures in restitutione veniunt , e. g. fundus , torques , certa pecuniae summa etc. hoc posterius in plerisque sequitur naturam legalis , et jure novo reipsa ab eo non differt , ut notat Zoes *ff. ad S. C. trebell. n.* 9. Pirh. *hic n.* 72. hinc praeter ea , quae infra *a n.* 146. de legatis dicam, de hoc secundo fideicommissorum genere non est opus plura addere.

129

Subdividi fideicommissum tripliciter potest. 1. In expressum, et tacitum. *Expressum est* , quando voluntas fideicommittentis expressa oratione , et verbis inflexis manifestatur. *Tacitum* , quando praesumitur ex proportionatis indiciis , ut si testator prohibeat , ne bona

immobilia alienentur extra familiam; *l. peto Luci* 69. §. *frater* 3. *ff. de legat.* 2. 2. In purum, et conditionatum. *Purum* est, quando haeres fiduciarius absolute gravatur, ut haereditatem restituat. *Conditionatum*, quando sub conditione gravatur, qualis non infrequenter est illa, *si haeres fiduciarius sine liberis decesserit.*

130

3. In fideicommissum cummune, et familiare. *Commune est*, ubi non specialiter attenditur ad familiam. *Familiare*, ubi principaliter respicitur ad familiam, Et ita sua bona immobilia saepe relinquere solent nobiles, et illustres, dum ultima sua voluntate caveant, ut haeres institutus ea post mortem alii de familia restituat, sicque bona illa ad familiae nitorem, et splendorem conservandum perpetuo apud eandem maneant. Porro hujusmodi fideicommissa familiae, si ea conditione relinquantur, ut in iis succedat natu maximus de familia, vocantur *majoratus*; si vero ita ordinentur, ut primogenitus primum succedat cum suis descendentibus, et in horum defectum secundogenitus cum suis descendentibus, et sic deinceps, *primogeniturae* dicuntur; Anton. Peregrin. *de fideicommiss. art.* 27. *n.* 24. Knipschilt *de fideicommiss. famil. cap.* 6. *n.* 268. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg *inst. tit. de fideicomm. haered. quaest.* 2.

131

Dub. 2. quis fideicommissum relinquere possit, et quomodo id fieri debeat? Resp. Fideicommissa relinquere possunt omnes, qui jus testandi habent; *l. sciendum* 2. *ff. de legat.* 1. Neque opus est, ut, quando quis relinquit fideicommissum, actu testetur; quia etiam ab intestato fideicommissa relinqui possunt; §. *praeterea* 10. *inst. de fideicommiss. haered. l. eam quam* 14. *et l. ex testamento* 29. *C. de fideicommiss. Ratio est*, quia testator haeredes ab intestato sufficienter honorasse censetur, quod haereditatem non ademerit, quam eis adimere potuisset; *l. conficiuntur* 8. §. *sed ideo ff. de jur. codicill.* similiter in ejusdem testatoris arbitrio est, quale fideicommissum velit relinquere, universale, vel particulare, purum, vel conditionatum, commune, an familiare.

132

Olim fiebant per verba precatoria, *rogo*, *peto*, *fideicommitto*, et similia: hodie scrupulosa verborum conceptione sublata, fieri possunt per verba qualiacunque; nec per verba tantum, sed etiam per scripturam, libellum, epistolam, imo et nutum; *l. et in epistola* 22. *C. de fideicomm. et l. natu* 21. *pr. ff. de legat.* 3. ut tamen legitime relinquatur fideicommissum, observandae sunt solemnitates, testamentariae quidem si relinquatur in testamento; codicillo propriae autem, si fiant in co-

dicillo. *Excipitur* ; nisi quis praesens rogetur ; tunc enim licet pauciores, quam testamentum, vel codicillus requirat, adhibeantur testes, imo si nulli, fideicommissum potest subsistere, si fideicommissario juramentum exigente, is, qui rogatus est, recuset jurare, fidei suae nihil commissum fuerit; §. *fin. inst. et l. fin. C. de fideicomm.*

133

Dub. 3. cui fideicommissa relinqui possint? Resp. Olim relinqui poterant etiam iis, qui institutionis incapaces sunt : imo inde originem suam illa traxerunt; usitatissimum namque erat, ut qui vellent bona sua ad aliquos transmittere, qui haeredes testamento institui, vel legata ex eo capere jure non poterant, instituerent alium institutionis capacem, eumque rogarent, ut haereditatem, vel ejus partem, vel rem etiam sigularem restitueret alteri, cui volebant.

134

Hodie fideicommissum universale relinqui solum potest capacibus directae institutionis, et cum quibus jure communi testamenti factio est; §. *legari* 24. *inst. de legat.* juncta *l. per omnia* 1. *ff. de legat.* 1. Si incapaci relictum sit, distinguendum est, an palam illi relictum sit, an vero tacite, ex fide secreto interposita. *Si primum*, fideicommissum ita relictum habetur pro non scripto, neque haeres illud tenetur praestare; *l. ult. in fin. ff. quib. ut indign. l. qui deportantur* 1. *C. de haered. instituend. Si secundum*, fiscus relictum vendicat; *l. si ei* 1. *C. de delator.* Ratio sic statuendi fuit, ne lex quae aliquos institutionis haereditariae incapaces reddit, fideicommissorum beneficio facile eluderetur; Perez *in C. de fideicommiss. n.* 3. Zoes. *ff. ad S. C. trebell. n.* 2. *et* 3. Haun. *tom.* 2. *de J. et J. tract.* 7. *n.* 129. Vviest. *hic n.* 203.

135

Dub. 4. quis fideicommisso onerari possit? Resp. Eo onerari possunt omnes, ad quos judicio defuncti aliquid relinquentis, vel non adimentis est perventurum, etiamsi solum succedant ab intestato; nam et his defunctus dedisse videtur, quod cum posset, non ademerit; *l. si incertus* 1. §. *sciendum* 6. *ff. de legat.* 3. Imo ipse etiam fideicommissarius rogari, et gravari potest, ut quae ex fideicommisso ab haerede fiduciario accepit, rursum alii restituat; §. *eum quoque* 11. *inst. de fideicomm. haered.* et ita contingit hodie in fideicommisso perpetuo familiae, vi cujus senior familiae gravatur onere conservandi bona ex fideicommisso accepta, eaque post mortem suam restituendi alteri de familia seniori futuro.

136

Filius tamen in haereditate, quam fideicommisso universali gravavit pater, triplex beneficium habet. 1. Si in testamento patris fuit praeteritus, et ipse haereditatem paternam alia via, e. g. rescisso testamento, est consecutus; hic enim fideicommissum praestare non cogitur; *l. quidam* 31. *C. de fideicommiss.* 2. Si nascantur eidem liberi: nam tunc isti, extraneo substituto excluso, succedunt; quia, nisi aliud probetur, non censetur pater filium voluisse gravare aliter, quam sub tacita hac conditione, *si sine liberis decesserit*, prout statuitur *l. cum avus* 102. *ff. de condit. et demonstr. et l. cum acutissimi* 30. *cod. de fideicommiss.* 3. Si filius (idem dicendum de extraneo) fideicommisso gravatus, suscipiat clericatum, vel ingrediatur religionem, ibique professionem emittat; nam eo casu clericus bona illa, quae alias cessissent substituto, hoc excluso, relinquere potest ecclesiae, vel alteri piae causae ea vero, quae sub fideicommisso relicta sunt filio, aut extraneo, ipsa professione transeunt ad monasterium, modo istud sit capax successionis haereditariae, prout in favorem religionis specialiter constitutum est *cap. in praesentia* 8. *de probat. et auth. nisi rogati cod. ad S. C. trebell.* quae sumpta est ex *novell.* 123. *cap.* 37.

137

Dub. 5. an semper excludatur substitutus, et succedat ecclesia, vel monasterium haereditariae successionis capax, quando institutus, gravatus fideicommisso restituendo alteri, ingreditur religionem, vel suscipit clericatum? Resp. cum distinctione: vel enim haeres fideicommisso gravatus est absolute, vel addita conditione, *si sine liberis decesserit. Si primum*, probabilius substitutus non excludetur perpetuo, sed succedet post mortem professi naturalem, ut cum communiore docet Molin. *tract.* 2. *de J. et J. D.* 190. *n.* 35. *Ratio est*, quia dispositio *cap. in praesentia*, *et auth. cit.* est exorbitans a juris communis regulis, et solum loquitur de casu, quo expresse additur dicta conditio. Igitur ad casum, quo illa tacite subintelligi potest, extendi non debet.

138

Si secundum, regulariter quidem substitutus excluditur, multis tamen casibus admittitur. Talis est 1. si de contraria voluntate testatoris expresse constet vel ex testamento, vel ex aliis perspicuis indiciis, quod nolit per monasterium excludi substitutum; Covar. *l.* 1. *var. cap.* 19. Pirh. *hic n.* 76. Reiffenstuel *ibid. n.* 625. cum aliis. *Ratio est*, quia per *auth. et novell. cit.* substitutus a monasterio excluditur ex praesumpta solum voluntate testatoris, quod is istud

illi fuisset praelaturus, si de religione cogitasset; atqui tali casu praesumptio ista cessat: ergo etc. 2. Si instituto in eventum, quo decesserit sine liberis, substitutus sit filius, aut nepos, vel etiam causa pia, puta pauperes, captivi, ecclesia parochialis etc. quia tum privilegiatus concurrit cum privilegiato, quo casu cessantibus privilegiis, servatur jus commune. 3. Si haeres gravatus religionem ingrediatur animo fraudandi substitutum; quia fraus sua nemini patrocinari debet, et cons. nec monasterium, mediante professione gravati in fraudem facta, bona illa consequi poterit. 4. Si haeres ad ingressum religionis suasionibus, et blanditiis regularium fuisset inductus; quia eo in casu monasterium nec cetera professi bona consequitur; *can. constituit* 42. *caus.* 16. *quaest.* 7. 5. Si ingressus religionem revertatur ad saeculum, vel ante professionem moriatur, aut professionem quidem emisit, sed invalide; quia *auth. et novell. cit.* quando ad exclusionem substituti exigunt ingressum gravati in monasterium, accipi debent de ingressu cum effectu, ut eo persona divino servitio perpetuo mancipetur. 6. Si monasterium in bona professi succedere recuset; nam hoc si fiat, statim a professione edita ad bona a testatore relicta substitutus admitti debet: quod ipsum dicendum, si professionem edat in religione, quae successionis haereditariae capax non est. 7. Si conditio, *si sine liberis decesserit*, apponatur in contractu oneroso; quia jura, quae substitutum excludunt, solum loquuntur de ultimis voluntatibus, aliisque contractibus gratuitis, ut proinde ad alios casus extendi non debeant.

139

Dub. 6. an haeres fiduciarius haeredi per fideicommissum universale substituto teneatur restituere omnia, quae a testatore accepit? Resp. Negative, sed potest sibi retinere quartam partem eorum, quae rogatur restituere, prout statuitur §. *sed quia* 5. *inst. de fideicommiss. haered.* Pars haec *trebellianica* dicitur a Trebellio consule romano, et senatusconsulto, quod sub ipso factum est, et ab authore *trebellianicum* appellatur.

140

Ut vero deduci trebellianica ista possit, duo requiruntur. 1. Ut qui deducere eam vult, sit haeres, et quidem directus; *l. mulier* 22. *ff. ad S. C. trebell.* nam haeres fideicommissarius, etsi etiam ipse haereditatem per fiduciarii manum acceptam, vel partem illius jubeatur tertio restituere, non tamen propterea potest trebellianicam deducere, et eam sibi retinere. 2. Ut deducturus trebellianicam haereditatem adierit; nam si illam non adiit, deductio trebellianicae cessat, quippe quae solum concessa est haeredi.

141

Dub. 7. an haeres suus, et necessarius, v. g. filius fideicommisso gravatus, possit deducere trebellianicam simul cum legitima? Resp. affirmative: idque verum est, sive pure, sive sub conditione sit gravatus restituere alteri. Res satis clara est de jure canonico; nam *cap. Raynuntius* 16. *et cap. Raynaldus* 18. *hoc tit.* pont. Innocentius III. et Gregorius IX. diserte approbant sententiam judicis delegati, pronuntiantis utramque a liberis fideicommisso gravatis deduci posse. *Neque obstat*, quod textibus *cit.* liberi fideicommisso gravati fuerint sub conditione, *si sine liberis decesserint*; quia apostolica decisio se in hoc non fundat, sed in eo, quod trebellianicam detrahere permissum sit haeredi extraneo, et cons. permissum etiam esse debeat haeredi filio, ne hic deterioris conditionis sit, quam ille: quae ratio non minus urget, si filius pure, quam si sub conditione gravetur.

142

De jure civili quid in dubio isto dicendum, controvertunt DD. Negant hoc jure utramque simul deduci ab haerede suo, et necessario posse; Perez *in C. ad S. C. trebell. n.* 11. Zoes. *ff. ibid. n.* 92. Vvisenbac. *D.* 9. *ad dict. S. C. tum n.* 13. Struvius *exercit.* 36. *n.* 30. Vinnius *l.* 2. *select. qq. cap.* 29. et alii legistae plerique allegantes pro se plures juris istius textus. Affirmat Fachin. *l.* 5. *contr. cap.* 1. Brunnem. *ad l. jubemus* 6. *C. ad S. C. trebell. n.* 4. clariss P. Schmier *p.* 1. *de success. haered. cap.* 4. *n.* 28. et allegatur pro hac sententia *novell.* 108. *cap.* 1. qua antiquas leges correctas vult Fachin. *l. cit.* Omnibus consideratis saltem dubia manet juris civilis dispositio: sed ex hac ipsa dubietate assumi argumentum pro affirmativa potest; nam quando dubia est juris civilis dispositio, leges interpretationem accipiunt a ss. canonibus; *arg. cap. intelleximus* 1. *et cap. seq. de nov. oper. nunt.* ita, ut istorum perspicua dispositio in utroque foro sit observanda; est autem ss. canonum dispositio in casu proposito satis clara, ut fatentur adversarii: ergo etc.

143

Dub. 8. an trebellianica deduci possit, quando etiam legitima est semis, seu dimidia pars bonorum, ut fit, quando quinque vel plures sunt liberi, qui rogati sunt restituere haereditatem? Negat Covar. *in cap. Raynutius cit.* §. 11. *n.* 10. *in fin.* Rationem dat, quia absurdum videtur esse, quod obligatus haereditatem restituere, ex ea plus consequatur, quam is, cui illa restituenda est. Hoc autem fieret, si in casu praesenti liceret utramque deducere; quia praeter semissem, legitimae nomine deductam, haeres fiduciarius nomine

trebellianicae consequeretur etiam alterius semissis partem quartam: ergo etc.

Sed adhuc tenenda est affirmativa, quam etiam defendunt Cravetta *cons.* 50. Fachin. *l.* 5. *cit. c.* 3. Haun. *tom.* 2. *de J. et J. tr.* 7. *n.* 377. Pirh. *hic n.* 80. Wiest. *n.* 221. cum aliis, et evincunt hoc textus canonici, ac rationis paritas: ideo enim praeter legitimam deduci a liberis trebellianica potest, quia alias deterior esset conditio istorum, quam haeredis extranei, quippe qui ex institutione consequeretur trebellianicam, cum illi ex voluntate testatoris nihil, sed tantum id consequerentur, quod ipsis debetur juris beneficio, et a testatore negari non potest. Atqui haec ratio non minus militat pro trebellianicae deductione, quando legitima est semis, quam quando pars minor est: ergo etc.

Ex quo cadit argumentum allatum pro adversa sententia; nam absurdum videri non debet, quod aequitas, et favor liberorum suadet. Neque inaequalitas hoc casu est nimia; etsi enim ultra semissem sibi nomine legitimae debitam consequantur etiam trebellianicam, singuli tamen adhuc consequuntur minus ex haereditate, quam fideicommissarius.

144

Dub. 9. quibus casibus cesset deductio trebellianicae? Resp. Complures casus cum aliis refert Barry *de testat. et intest l.* 15. *tit.* 7. Praecipui sunt. 1. Si haeres aliquo modo tentavit evertere fideicommissum. 2. Si haeres institutus, et gravatus haereditatem non adiit, vel illam adiit per fideicommissarium coactus. 2. Si haeres gravatus est restitutione facienda piae causae, nisi etiam ipse sit pia causa. 4. Si ejus detractionem testator prohibuerit. 5. Denique cessat deductio trebellianicae in omnibus testamentis, in quibus cessat deductio falcidiae: de qua *infra n.* 160. *et seqq.*

145

Dub. 10. ad quem pertineant onera, et actiones haereditariae, ad haeredem fiduciarium, an vero ad fideicommissarium? Resp. cum distinctione. Vel enim haeres fiduciarius detraxit quartam trebellianicam, vel eam non detraxit; *si primum*, ratione illius sustinere debet omnia onera, et actiones, quamvis inter ipsum, et fideicommissarium cum proportione dividi debeant; Zoes. *ff. ad S. C. trebell.* *Si secundum*, actiones haereditariae omnes competunt fideicommissario, et adversus ipsum; haeres autem fiduciarius ab omnibus oneribus ipso jure liber est; §. *sed quia* 7. *vers. si vere inst. de fideicommiss. haered. Proceditque hoc*, etsi fideicommissario petente, coactus sit adire haereditatem, modo trebellianicam non deduxerit; §. *sed quia cit. V. sed etiam*, et *l. quia poterat* 4. *ff. ad S. C. Trebell.*

146

Quaeritur 3. quid sit *legatum*? Resp. Legati nomen dupliciter sumi potest, scilicet pro re legata, et deinde pro actu legandi. Haec secunda acceptio est propria, et in hac definitur a Justiniano §. *legato* 1. *inst. de legat* quod sit *donatio quaedam a defuncto relicta, ab haerede praestanda*; vel ut alii cum Molin. *tract.* 2. *D.* 193. est *ultima voluntas, qua defunctus rem particularem, h. e. id, quod rationem haereditatis non habet, alicui ab haerede praestandum liberaliter relinquit.* Dicitur *ab aerede praestanda*: non quod necessarium istud sit; nam aliquando praestatur ab ipso testatore, aliquando ab alio: sed quod ordinarium sit; plerumque enim praestatur ab ipso haerede, non quidem quoad dominium (quia hoc ex juris dispositione recta via a defuncto transfertur ad legatarium) sed quoad possessionem, quam si legatarius apprehendat authoritate propria, legatum haeredi restituere tenetur; *l. hoc interdictum* 1. §. 2. *ff. quod legatorum.*

147

Differt autem legatum 1. *a fideicommisso universali*; quia hoc non est donatio rei particularis, ut legatum, sed universalis, quae haereditatis rationem habet. 2. *Ab haeredis institutione directa*; quia legatum non habet sibi annexa ea onera, quae sibi annexa habet haereditas. 3. *A donatione inter vivos*; quia haec statim firma est, legatum autem, ut quaevis alia ultima voluntas, usque ad extremum spiritum est revocationi obnoxia. 4. *A donatione mortis causa*; quia haec etiam a vivente transit in donatarium, quamvis ante mortem hujus non sit firma; non ita legatum. Item donatio mortis causa conventionem, sive acceptationem exigit; legatum autem solius defuncti, rem aliquam post mortem suam in aliquem conferre volentis, voluntate relinquitur; Zoes. *ff. de legat. num.* 9.

148

Dub. 1. quis facere legata possit, et cui? Resp. Legandi facultatem habent omnes, qui testamenti faciendi jus habent; *l. sciendum* 2. *ff. de legat.* 1. ut adeo in re ista locus sit *regulae* 42. *in* 6. quod *accessorium sequuntur naturam principalis*; est autem legatum accessorium testamenti: ergo etc. Relinqui legata regulariter omnibus, et solis possunt, qui possunt haeredes instituere, vel saltem institui; *leg.* 4. *instit. de legat.*

149

Dixi *regulariter*; nam regula haec plures exceptiones patitur, vi quarum legati capaces aliqui sunt, etiamsi institutioni sint incapaces. Tales sunt 1. professi, et coadjutores formati societatis Jesu; quia legata his facta, cum sint rerum singularium, se habent instar

eleemosynae, et rei donatae, cujus religiosi omnes capaces sunt, ita tamen, ut non sibi acquirant, sed monasterio. 2. FF. minores reformati, et capucini ordinis s. Francisci ob eandem rationem, modo legato non adjiciatur conditio, vel modus ipsorum professioni repugnans, qualis esset, si eis legaretur vinea, vel domus monasterio non contigua sub conditione, ut eam retineant, excolant, locent etc. 3. spurii; nam istis, etsi haeredes institui nequeant, ut dictum est *supra n.* 94. *in fin.* jure tamen saltem canonico aliquid relinqui potest in alimenta competentia, sicut, et in dotem, quae loco alimentorum succedit; *cap. cum haberet* 5. *de eo*, *qui dux. in matr.* Hoc tamen, ut recte advertit Molin. *tract.* 2. *D.* 195. *n.* 4. potius aes alienum his filiis debitnm, quam legatum est: unde si competentia alimenta excedant, aut spurius aliunde habeat, ex quo competenter vivat, quoad excessum in utroque foro erit invalidum.

150

Dub. 2. quaenam res legari possint? Resp. Ut res aliqua legari possit, necessarium est 1. ut existat, vel saltem existere in rerum natura possit; *l. si servus* 108. §. *qui quinque* 10. *ff. de legat.* 1. et *l. quidam* 7. *ff. de tritic. vin. ol leg. Ratio est*, quia impossibilium nulla est obligatio; *reg.* 185. *ff.* et *reg. nemo* 6. *in* 6. 2. Ut non sit extra commercium humanum, i. e. talis, quae ab aliquo acquiri, haberi, et possideri non possit. Unde templa, aliaque sacra, vel publico usui destinata loca, uti et liber homo, legari non possunt; §. *non solum* 4. *inst. de legat. l. si servus* 39. §. 8. *et seqq. ff. de legat.* 1. *Estque hoc ita verum*, ut eo casu ne quidem eorum aestimatio debeatur; *l.* 39. *cit.* §. *fin.* 3. ut alienari, et per consequens legari non sit prohibita. Hinc legari nequeunt, quae juncta, aut fixa aedibus, et istarum parietibus adhaerent; *l. cetera* 41. §. *sed et ea ff. de legat.* 1. 4. Ut non sit res propria ipsius legatarii; quia quod est proprium alicujus, amplius ejus fieri non potest; §. *sed si* 10. *inst. de legat.* 5. Ut etiam non sit res talis, quae legatario tota debetur; nam si tali casu plus in legato non sit, quam sit in debito, inutile legatum est, quippe per quod legatarius nihil amplius acquirit, quam quod alias eidem debetur; §. *e contrario* 14. *inst.* et *l. sin autem* 29. *ff. de legat.* 1. 6. Et universim res legata talis esse debet, ut ex ea ad legatarium aliquid commodi, et emolumenti pervenire possit; quia id exigi natura donationis, cujus legatum species quaedam est; §. *legatum* 1. *inst. de legat.*

151

Dub. 3. an valeat legatum rei alienae, seu quae nec ad testatorem, nec ad legatarium spectet? De jure civili res est explorata; nam hoc spectato, distinguendum est: vel enim testator eam relin-

quens scivit illam alienam esse, vel hoc nescivit. *Si hoc secundum*, nullum legatum est; *Si primum*, validum est, ita tamen, ut ea domino invito auferri non possit : sed haeres eo casu tenebitur illam justo pretio redimere, et redemptam legatario tradere, vel si consequi a domino eandem nequeat, solvere legatario justam aestimationem ejusdem; §. *non solum* 4. *inst. l. unum* 67. §. *si rem* 8. *ff. de legat.* 2. et *l. cum alienam* 10. *C. eod.*

Controversia est, an idem teneat etiam de jure canonico? Negat gloss. *fin. in cap. filius noster* 5. *h. tit.* Abb. *ibid. num.* 5. Imol. *n.* 9. et alii apud Covar. *ibid. n.* 9. ob textum *cap. filius cit.* ubi Gregorius I. pronuntiat rei alienae legatae retentionem injustam esse, et praecipit eam restitui ex ratione, quod non *lege saeculi*, seu civili, qua haeres rem alienam legatam praestare cogitur, sed *lege Dei*, quae eam domino restitui jubet, vivendum sit : unde putant hoc textu correctam fuisse dispositionem juris civilis.

152

Sed retinenda est affirmativa sententia, quam etiam defendunt Covar. *l. cit. n.* 10. Mantica *de conject. ult. volunt. l.* 9. *tit.* 10. Fachin *l.* 5. *contr. c.* 38. Zoes. *ff. de legat. et fideicomm. n.* 24. Gonzal. *in cap.* 5. *cit. n.* 13. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg. *inst. tit. de legat. quaest.* 7. P. Pirh. *hic n.* 84. P. Vviest. *ibid. n.* 136. clariss. P. Schmier. *p.* 1. *de success. haered c.* 1. *n.* 245. *cum duob. seqq.* et patrocinatur eidem aperte; *can. si episcopus* 5. *caus.* 12. *quaest.* 5. *Ratio est*, quia differentia inter jus civile, et canonicum inducenda non est, nisi id jure canonico expressum sit, vel recessum a jure civili necessitas suadeat: atqui neutrum fit in casu proposito. *Non primum*, ut patebit ex resposione ad textum allegatum pro adversa sententia. *Non secundum* ; quia leges civiles, quae alienae rei legatum permittunt, nihil iniquitatis continent, cum secundum ipsas domino invito res sua non auferatur, sed eidem solum offeratur occasio illam vendendi pro justo pretio.

Ad argumentum contrarium in textu *citat.* et casu ejusdem pater filio vix reliquit sustentationem congruam, et hac ipsa privatus fuisset, si legatum rei alienae, ecclesiae messanensi factum, debuisset redimere: unde cum legitima sub alimentorum nomine jure naturae debeatur filiis, merito decidit pontifex legatum istud ab episcopo messanensi retineri non posse, cum filius eo casu obligatus non fuerit illud redimere, vel aestimationem ejusdem praestare.

153

Dub. 4. quomodo legatum relinqui possit? Resp. Relinqui potest, prout testatori placuerit. Et 1. quidem non tantum pure, et simpliciter, sed etiam non pure, et adjecta conditione, modo, die, et

tempore, eoque vel certo, e. g. ad proximas calendas junias, vel incerto, ut cum studiorum cursum legatarius absolverit, cum ex peregrinatione, expeditione bellica etc. salvus redierit etc.

2. Relinqui potest vel in testamento, ubi haeres instituitur aliquis, vel sine haeredis institutione; nam sine testamento legans censetur haeredem ab intestato succedentem gravasse, ut talia legata solvat; *l. siquis* 3. *princ. ff. de jur. codicill.*

3. Relinqui potest cum, vel sine scriptura, et nudis verbis, ut sumitur ex *c. indicante* 4. *h. tit. Proceditque* hoc non tantum de legatis factis ad piam causam, sed etiam ad profanam, ut recte notat Pirh. *hic n.* 37.

4. Si nudis verbis, seu nuncupative absque haeredis institutione, aut testamento, vel codicillo legatum relictum sit, nulla requiritur solemnitas; *l. ult. C. de fideicomm.* sed sufficit, quod de voluntate, ac dispositione defuncti, obligantis haeredem ad solvendum legatum, undecunque constet, ut colligitur ex *cap. indicante cit.* et notat *ibidem* gloss. *V. nudis verbis*, Abb. *n.* 2. Vivian. *in ration.* Pirh. *l. cit.*

154

5. Si in testamento relictum sit, distinguendum est inter legata profana, et ad causas pias; nam legata profana a testamento pendent, ita, ut si testamentum corruat, etiam ipsa, tanquam accessoria, corruant, et invalida fiant; *l. si ex testamento* 29. *C. de fideicomm. l. fin.* §. *illud C. de codicill. l. si nemo* 9. *C. de testam. tutel.* Si vero relicta sint ad causas pias, a valore testamenti non pendent, sed etiam hoc corruente, praestanda sunt ex sententia communiter recepta non tantum in terris ecclesiae, sed etiam in imperio romano, adeoque in utroque foro, ecclesiastico, et saeculari, ut aliis *cit.* tradit Pirh. *hic n.* 88.

155

Dub. 5. an, et cui debeatur legatum, si hoc relictum sit loco, vel personae incertae, v. g. quia duo eodem nomine appellantur? Resp. Eo casu, nisi ex conjecturis, aut circumstantiis colligi possit, cui illorum potius relinquere testator voluerit, legatum corruere, et neutri deberi; *l. si fuerit* 10. *et l. siquis* 28. *ff. de reb. dub. Proceditque* hoc probabiliter non tantum in foro externo, sed etiam in foro animae, ut notat Pirh. *num.* 89. ubi rationem dat, quia *LL. cit.* utrique adimunt legatum absolute, et hae justae sunt, quippe spectantes bonum publicum, quietem possessionum, et litium diminutionem; leges autem justae in foro externo observandae sunt etiam in foro interno: ergo etc.

156

Controversia est, an etiam caduca fiant legata relicta ecclesiae, vel alteri pio loco incerto, aut pauperibus generatim? Affirmant Socinus *in l. quidam* 5. *ff. de rebus dub. n.* 12. Sed contra expressam dispositionem juris, quo legata incerta favore pauperum, et qui istorum nomine veniunt, sustinentur. Clarus est textus *l. id quod* 24. *C. de episc. et cler.* cujus tenor est: *id, quod pauperibus testamento, vel codicillo relinquitur, non ut incertis personis relictum evanescat, sed omnibus modis ratum, firmumque consistat.* Quare dicendum, ejusmodi legata omnino praestanda esse.

157

Cui autem praestanda sint, media distinctione eruitur. Vel enim ejusmodi legatum relictum est pauperibus, vel ecclesiae. *Si pauperibus*, in pauperes illius loci, in quo testator mortuus est, distribui debet; *novell.* 131. *c.* 11. *Si vero ecclesiae, vel alteri pio loco*, ex pluribus in dubio censetur relictum illi, cui testator speciali affectu addictus fuerat. *Si de affectu speciali non constet*, videndum, an ex duabus ecclesiis, inter quas dubium est, una sit parochialis, altera non, vel an utraque sit parochialis defuncti, eo quod in utraque habuerit domicilium, an vero neutra. *Si primum*, legatum applicabitur ecclesiae parochiali; *novell. cit. cap.* 9. *Si secundum*, inter utramque ex aequo dividetur; Tiraquell. *caus. piae privil.* 56. et alii passim. *Si tertium*, dabitur pauperiori; *cap.* 9. *cit.* quia in dubio censetur testator legasse illi ecclesiae, cui legando majus opus charitatis exercet. Quodsi vero ecclesiae illae sint aeque divites, vel aeque pauperes, in optione episcopi erit applicare illud, cui voluerit, vel potius inter easdem dividetur, ut cum aliis notat Covar. *in cap.* 4. *h. tit n.* 2.

158

Dub. 6. quando peti possint, et solvi debeant legata? Resp. In hoc generalis est regula, legata primum esse praestanda post mortem testatoris, et quidem non ante aditam haereditatem; *l. omnia* 32. *princ. ff. de legat.* 2. *Excipiuntur* legata pia; haec enim persistunt firma, etiamsi haereditas non adeatur.

An statim post aditam haereditatem peti possit, pendet ex modo, quo aliquid legato relictum est; nam si pure relictum est, peti statim potest; si vero sub conditione in futurum pendente, ante eventum conditionis non debetur, nec peti potest; *l. un.* §. *sin autem* 7. *C. de caduc. tollend. l. si cum haeres* 4. *et l. si post diem* 5. §. *sed si* 2. *ff. quand. dies legat. etc.* quia ante non est certum debitum.

159

Excipitur 1. si legatum relictum sit sub conditione impossibili; quia pro puro hoc legatum habetur; *l. si post diem cit.* §. *itemque* 4. *Excipitur* 2. si conditio remittatur a jure, et pro non adjecta habeatur, qualis est, si legatum relictum sit virgini sub conditione, *si non nupserit*; nam etiam nubenti debetur tale legatum; *l. cum tale* 72. §. *Meviae* 5. *ff. de condit. et demonstr. Excipitur* 3. si quo minus conditionem impleret legatarius, per haeredem, vel per eum stetit, in cujus persona illa implenda fuit; tunc enim ea pro impleta habetur; *l. si post diem cit.* §. *etiamsi* 5. *Excipitur* 4. quando legatum v. g. 100. aurei alicui puellae in dotem, *si nupserit*, relictum fuit principaliter, non intuitu ipsius personae, sed pietatis; nam ea mortua, hujusmodi legatum non exspirat, sed alteri puellae pauperi maritandae applicandum est, ut recte advertit Sylv. *V. legatum* 1. *quaest.* 10. *Excipitur* 5. et generaliter, quandocunque praesumi potest, quod testator nihilominus relicturus legatum fuisset, etsi conditio impleta non fuisset: ita *novell.* 123. *cap.* 37. statuitur deberi legatum alicui relictum sub conditione. *Si nupserit*, etiam casu, quo loco nuptiarum ingreditur religionem, ex benigna interpretatione voluntatis defuncti, adhuc legaturi, si cogitasset de religione.

160

Dub. 7. quod beneficium competat haeredi, quando a testatore ultra modum gravatus est legatis, ita, ut iis solutis, non remaneat ei quarta pars bonorum defuncti? Resp. Eo casu ex legatis detrahere potest, quantum necesse est ad illam quartam complendam, ut habetur *inst. de leg. falcid. et C. eod.* Statutum id fuit tum propter haeredes, ne solum nomen haeredum absque haereditate haberent, tum propter ipsos testatores, ne eorum haereditas propter nimium legatorum onus repudiaretur. Lex detractionem istam concedens *falcidia* appellatur ab ejus authore Cajo Falcidio tribuno plebis; a lege autem translatum nomen est ad ipsam partem, quam detrahere, vel detrahendo complere per eam concessum est.

161

Est igitur falcidia *quarta pars bonorum, ex legatis, fideicommissis, et mortis causa donationibus ab haerede deducta, et sibi servata.* Deducere hanc licet cuicunque haeredi, non tantum necessario, sed etiam voluntario, et extraneo: imo si ille sit de numero descendentium, vel ascendentium, de bonis testatoris non tantum quartam illorum partem, sed legitimam suam portionem integram accipere potest; quia hanc testator de bonis suis disponendo non potuit diminuere; Molin. *tr.* 2. *de J. et J. D.* 213. *n.* 1.

162

Dub. 8. quae deducenda sint, priusquam a legatis detrahatur falcidia? Resp. 1. deducendum est totum aes alienum defuncti, sive omnia debita, et quaecunque in foro conscientiae obnoxia sunt restitutioni; §. *cum autem* 3. *inst. de leg. falcid.* et ratio est, quia legata solvenda sunt ex bonis testatoris; sed bona ejus non intelliguntur, nisi quae deducto aere alieno supersunt; *l. subsignatum* 39. §. *bona* 1. *ff. de V. S.* 2. Deducendae sunt expensae funeris; §. *cum autem cit.* et quidquid haeres in testamenti insinuatione, inventarii confectione et universim ratione haereditatis, vel manumissionis servorum quovis modo necessario expendit. 3. Demum deduci debent omnia legata privilegiata, seu illa, ex quibus falcidia non potest detrahi.

163

His deductis, residuum bonorum, relictorum a defuncto, in quatuor partes dividitur, et harum quarta haeredi manet, tres reliquae inter legatarios pro rata portione ejus, quod cuique relictum est, distribui debet; §. *fin. inst. de leg. falcid.*

Quodsi etiam haeredi titulo legati aliquid relictum sit, non tenetur illud computare in quartam partem titulo haereditatis sibi debitam, sed pari jure cum aliis legatariis uti potest; *l. in quartam* 91. *ff. ad leg. falcid.* Quo falcidia differt a trebellianica; in hanc enim haeres gravatus, seu fiduciarius computare etiam illud debet, quod legati nomine ipsi relictum est: imo etiam fructus perceptos eo tempore, quod inter mortem testatoris, et restitutionem fideicommissi intercedit, ut habetur *in l. fideicommissaria* 28. §. *plane* 1. *ff. ad S. C. trebell.*

164

Dub. 9. secundum quod tempus quantitas bonorum defuncti spectari debeat, ut falcidiam rite deducat haeres? Resp. Spectari debet secundum tempus mortis defuncti; §. *quantitas* 2. *inst. de leg. falcid.* Et hinc siquid post testatoris mortem, incerta, et nondum adita haereditate, bonis accrescat, vel decrescat, legatariis, nec prodest, nec nocet, sed totum haeredis lucro, vel damno cedit; *l. in ratione* 30. *prin. et l. in quantitate* 73. *princ. ff. ad leg. falcid. Ratio est*, quia haereditas mortis tempore haeredi defertur, ut eam, si velit, statim adire possit: eoque tempore ut plurimum cedit dies legatorum, h. e. legatariis quaeritur jus ad legata: quae proinde, quanta eo tempore fuerunt, tanta debentur, ita, ut nec bonorum incremento augeantur, nec decremento decrescant; magn. D. Christop. de Chlingesp. *inst. de leg. falc. q.* 5.

165

Quodsi haereditas ita decrevit post mortem testatoris, ut haeres non possit quartam detrahere, liberum haeredi erit adire haereditatem, nec ad eam adeundam cogere illum legatarii poterunt; *l. nam quod* 14. §. *quare* 6. *et l. cogi* 16. §. *generalis*. 2. *ff. ad S. C. trebell.* Si haereditatem non adeat, etiam extinguentur legata, nec debebuntur ab intestato, nisi specialiter hoc testator voluerit ; *l. eum* 14. *C. de fideic.* Si vero adeat haereditatem, solida, seu integra legata praestare debet, nec quidpiam potest deducere; Pirh. *hic n.* 92.

166

Dub. 10. quibus casibus cesset deductio falcidiae? Resp. Hos casus recenset glos. *fin. in* §. *ult. inst. de l. falcid.* Mol. *tr.* 2. *de J. et J. D.* 213. *n.* 9. Pirh. *hic n.* 93. Vvies. *n.* 155. *et seq.* Et

1. Quidem deduci falcidia nequit de legatis relictis ad causas pias, prout ex *c. nos quidem* 3. et *auth. similiter C. ad l. falcid.* communiter deducunt DD. qui proinde docent ea *auth.* abrogatam esse; *l. lex falcidia* 1. §. *ad municipium* 5. *ff. ad l. falcid.* ubi dicitur falcidia etiam ad ea, quae DEO relinquuntur, porrigi. *Excipitur*, nisi haeres institutus etiam ipse sit causa pia; tunc enim detrahere falcidiam potest, quia tali casu privilegiatus concurrit cum pariter privilegiato, et cons. statur jure communi.

2. De jure codicis, *l. in testam.* 7. *C. ad leg. falcid.* deduci falcidia nequit de legatis relictis in testamento militari; quia militis in disponendo voluntas sola spectatur: quod jus tamen aliqui cum Mantica *de conj. ult. volunt. l.* 6. *t.* 1. *n.* 37. volunt esse sublatum per *novel.* 1. *c.* 4.

167

3. Quando servis libertas, aut aliquid in eorum libertatem legatur; §. *fin. inst. de leg. falc. et l. Papinianus* 8. §. *quarta* 9. *ff. de inoffic. test.*

4. Quando testator non ignarus virium patrimonii sui, expresse prohibuit falcidiam detrahi ; *auth. sed cum testator C. ad leg. falcid. et novel.* 1. *cap.* 1. *et* 1.

5. Quando alicui legatur instrumentum, vel scriptura de re aliqua, cujus legatarius jam erat dominus; *l. si praediorum* 15. *C. eod.*

6. Quando praelegata est dos, ut uxori restituatur ; *l. cum dotem* 57. *ff. eod.* quia in hac uxor recepit, quod suum est.

7. Si aliis aliquid legetur tanquam debitum; quia falcidia non debetur, nisi deducto aere alieno, ut *sup. n.* 162. dictum est.

8. Quando res aliqua ita legatur, ut in perpetuum alienari non possit, sed apud successores ejus, cui relicta est, semper maneat; *auth. sed et ea C. ad leg. falcid. et nov.* 1. *c.* 1.

168

9. Quando haeres de bonis haereditariis aliquid surripuisse, detraxisse, vel occultasse convictus fuerit; *nov.* 1. *c.* 2. *princ. vers. sancimus.*

10. Quando haeres, inventario non rite confecto, adiit haereditatem, resque haereditarias tractare coeperit; *nov.* 1. *cap.* 2. quia de iis subtraxisse praesumitur: et hinc in foro externo tenetur legata praestare integra, etiam ultra vires haereditatis; *auth. sed cum testator C. ad leg. falcid.*

11. Quando haeres a judice admonitus, intra annum testatoris voluntatem executus non fuit; nam eo lapso, non solum perdit jus detrahendi falcidiam, sed etiam tota haereditate spoliari potest, excepta legitima portione, si sit de numero eorum, quibus illa debetur; *nov.* I. *c.* I.

12. Si haeres legata integra sciens, prudensque solvit; tunc enim tenetur et reliqua solvere, neque illa, quae jam solvit, repetere potest; *l. error* 9. *C. ad leg. falcid. et nov.* 1. *c.* 3. Idem est, si solvit ex ignorantia juris, et persona talis sit, in qua ignorantia haec non toleratur: secus, si ex ignorantia facti v. g. quia putavit plus esse in haereditate; *l. error cit.*

§. VI.

De testamenti resolutione

SUMMARIUM

169 *Testamentum valide confectum resolvitur aut via juris, aut adminiculo hominis.*
170 *Prius contingit primo, quando rumpitur.*
171 *Quod fit agnatione posthumi.*
172 *Etiam quoad legata.*
173 *Cum triplici exceptione.*
174 *Arrogatione, vel adoptione.*
175 *Ubi an rumpatur etiam quoad legata pia.*
176 *Et denique mutatione voluntatis testatoris-*
177 *Ubi quando testamentum posterius deroget priori.*
178 *Testamentum irritatur, quando testator patitur diminutionem capitis*
179 180 *Exceptiones.*
181 *An testamenta etiam irritentur superveniente furore, surditate, prodigalitate.*
182 *An secuta testatoris professione religiosa? Argumenta sententiae affirmantis.*
183 *Resolvitur negativa.*
184 *Si professus ille sit religionem successionis hœreditariœ incapacem, statim effectum habet.*
185 *Si capacem, exspectanda est mors ejusdem naturalis-*
186 *Testamentum destituitur proprie, et improprie.*
187 *Quot modis destituatur proprie?*
188 *Quid sit querela inofficiosi? Et quibus competat?*
189 *Contra quos?*
190 *Quando cessat?*

169

Olim resolvebatur testamentum solo lapsu decennii, hodie temporanea ista testamenti evacuatio sublata est, ut constat ex *l. sancimus* 27. *C. de test.* et remanserunt duo duntaxat modi, quibus resolvi testamenta, etiam valide confecta, possunt, videlicet via juris, et facto hominis. *Via juris* id contingit tripliciter, cum sc. testamentum rumpitur, irritatur, vel destituitur. *Adminiculo hominis* autem, quando, mota inofficiosi querela, rescinditur officio judicis.

170

Quaeritur 1. quando *rumpatur* testamentum? Resp. Tunc illud *rumpitur*, quando *in eodem statu manente testatore ipsius testamenti jus vitiatur*, i. e. si vitium infirmans directe incurrit in ipsum testamentum, etsi persona testatoris maneat in eodem statu juridico, nullam patiens capitis diminutionem; §. *rumpitur* 1. *inst. quib. mod. testam. infirm.* Fit autem hoc tribus modis, agnatione posthumi, arrogatione, vel adoptione, et voluntate testatoris mutata.

171

Dub. 1. quando testamentum rumpatur *agnatione posthumi*? Resp. Agnatione posthumi testamentum rumpitur, quando testatori post mortem, vel post testamentum absolutum, et perfectum nascitur filius ex justis nuptiis procreatus, de quo nulla in testamento facta est mentio; §. *nominatim* 1. *vers. posthumi inst. de exhaered. liberor. Proceditque hoc*, etsi iste illico, et in obstetricis manibus decesserit, ut clare habetur *l. quod certatum* 3. *C. de posthum. haered. inst.*

Difficultas est, utrum rumpatur hoc casu tantum quoad institutiones, an vero etiam quoad legata? Videntur haec adhuc deberi ob *auth. ex causa C. de liber. praeter.* ubi dicitur *tastamentum ex causa exhaeredationis, vel praeteritionis irritum esse quoad institutiones*, *cetera autem* (cons. etiam legata) *permanere firma.*

172

Sed retinenda est communis sententia, juxta quam, si testamentum rumpatur agnatione posthumi, etiam legata non conservantur. Ita Gail. *l.* 2. *obs.* 113. *n.* 2. Menoc. *de arbitr. cas.* 137. *n.* 1. Barry *de testat. et intest. l.* 10. *t.* 10. *n.* 9. Brunem. *in l. sicut* 9. *C. de test. milit. n.* 5. magnif. D. Christ. de Chlingesp. *inst. quibus mod. testam. infirment. q.* 3. mag. D. Verlohner *tr. de test. art.* 9. *q.* 1. *n.* 1. claris. P. Schm. *p.* 1. *de succes. haer. c.* 1. *n.* 461. P. Vvies. *hic n.* 226. *Ratio est*, quia donatio inter vivos, quae duorum voluntate nititur, fortior est, quam legatum, aut fideicommissum, quod ex sola testatoris voluntate pendet: atqui donatio inter vivos, nativitate liberorum, tanquam inofficiosa, revocatur, ut dictum est *supra t.* 244. ergo multo magis legatum.

173

Excipitur 1. si quid legatum sit ad piam causam in quantitate moderatam, nam etiam illi, qui liberos habent, ejusmodi facere legata assolent; Barry, *l. cit. n.* 10. *Excipitur* 2. si quid legatum sit pro exoneranda conscientia e. g. in restitutionem usurarum, et aliorum male partorum, quia talia legata sunt non tam liberalitas, quam necessaria restitutio. *Excipitur* 3. generaliter quodcunque legatum, si tale sit, ut verisimiliter testator illud censeatur fuisse relicturus, etsi filios habuisset; quia tunc praesumptio contraria cessat.

Sic limitatae responsioni non obstat argumentum sumptum ex *auth. cit.* quia haec solum procedit in filio jam nato, vel nascituro, scienter praeterito, non vero nascituro, vel nato praeterito ignoranter; de isto enim, et non de illo praesumi potest, quod ejusmodi legatum relicturus non fuisset.

174

Dub. 2. quando testamentum rumpatur *arrogatione*, vel *adoptione?* Resp. Adoptione, vel arrogatione rumpitur, quando testator post testamentum conditum sibi arrogat aliquem, qui sui juris est, vel adoptat unum ex descendentibus, et in familiam, ac potestatem suam redigit; § *rumpitur cit.* junct. *l. cum in adoptivis* 10. *C. de adoption. Ratio est*, quia suus haeres testamento praeteritus id agnatione rumpit; §. *cit.* is autem, qui arrogatur, vel ab aliquo ascendente adoptatur, fit suus haeres; §. *posthumorum* 2. *inst. de exhaered. liberor.* nam adoptio, et arrogatio est quaedam quasi agnatio civilis: ergo etc. Idem dicendum, ut recte monet P. Jacobus Vvex. *ariadn. p.* 2. *tab.* 6. *ad lib.* 2. *inst. membr.* 1. *num.* 1. *in fin.* quando vitium natalium per legitimationem a filio naturali tollitur.

175

Controverti hic potest, an testamentum arrogatione, vel adoptione rumpatur etiam quoad legata pia? In quo opus est distinctione: vel enim haec relicta sunt in moderata aliqua quantitate, vel contra in magna. *Si primum*, quoad ea testamentum non rumpitur; quia quoad illa, ut ex *num.* 173. patet, etiam non rumpitur agnatione. *Si secundum*, videndum est, an adoptatus sit aliquis ex descendentibus, vel alius extraneus. *Si aliquis ex descendentibus*, rumpetur testamentum quoad talia legata; quia in hoc naturalia, et civilia jura concurrunt. Si extraneus, nec legata, etiam in magna quantitate relicta, nec ipsum etiam testamentum pium hujusmodi arrogatione evacuabitur, sed sufficiet, si conservatis ceteris, quae in tali testamento ordinata sunt, sic arrogato praestetur quarta, quae ei debetur ex constitutione divi pii; *l. Papinianus* 8. §. *siquis impubes* 15. *ff. dein offic. testam.*

176

Dub. 3. quomodo testamentum rumpatur mutatione voluntatis testatoris? Resp. Haec mutatio fieri dupliciter potest, verbo, vel facto. *Quoad mutationem verbalem* regula traditur, eam ad eversionem testamenti non sufficere, licet coram septem testibus expressa sit, nisi decennium a tempore conditi testamenti elapsum fuerit; *l. sancimus* 27. *C. h. tit.* vim majorem habet *realis:* et haec duplici modo potest contingere: 1. quando prius testamentum ex voluntate consulta testatoris conscinditur, vel laceratur, aut quocunque modo corrumpitur; *l. qui in testamento* 1. *princ. ff. de his, quae in testam. etc. et l. fin. ff. de liber. et posthum.* 2. quando testator aliud testamentum confecit; §. *posteriori* 2. *inst. quib. mod. testam. infirm. et l. hac consultissima* 21. §. *siquis* 3. *C. de testam.*

177

Si tamen priori testamento addita fuisset clausula, derogans omni testamento posteriori, huic necesse esset derogari in testamento secundo, ut monet Haun. *tom.* 3. *tr.* 6. *n.* 177. *Excipitur* 1. si testamentum posterius sit conditum inter liberos; nam per hoc revocatur testamentum anterius factum inter extraneos, quaecunque demum clausula fuerit huic opposita, modo juramento promissorio confirmatum non sit, neque opus est, ut clausulae illius fiat mentio in testamento posteriore, ut ex *auth. hoc inter liberos C. h. tit. et novell.* 107. *cap.* 2. communiter DD. colligunt. *Excipitur* 2. si testamentum prius, munitum tali clausula, sit profanum, et posterius pium; nam per hoc etiam sine mentione clausulae rumpitur profanum prius, ut *in auth. cit.* cum aliis docet Jason. *Ratio est*, quia ob enixum studium, quo quilibet christianus praesumitur non minus animae suae, quam liberis velle prospicere, pari passu procedit testamentum inter liberos conditum, et conditum ad causas pias.

178

Quaeritur 2. quando *irritetur* testamentum? Resp. Testamentum irritatur, quando vitium id infirmans, ac resolvens directe afficit personam testatoris, quod iste post testamentum rite confectum, et perfectum mutarit statum, patiendo vel maximam, vel mediam, vel minimam capitis diminutionem, ubi libertas in prima, in secunda civitas, in tertia familia v. gr. per arrogationem perditur; §. *alio* 4. *inst. quib. mod. testam. infirm. et l. siquis* 6. §. *irritum* 5. *cum seqq. ff. de injust. rupt. irrit. testam. Ratio est*, quia capite diminutus aut bona sua omnino perdit, ut fit in eo, qui passus est capitis diminutionem maximam, vel mediam, aut saltem illa in potestate sua habere desinit, ut fit in illo, qui passus est capitis diminutionem minimam, quippe qui in illa in domum, et familiam alienam transtulit.

179

Excipitur 1. testamentum militis, de peculio castrensi, vel quasi castrensi factum; hoc enim jus arrogatione non rumpitur; *l. siquis cit.* §. *fin. Ratio est,* quia haec bona per arrogationem non amittit, sed retinet etiam post illam tam dominium, quam administrationem illorum.

Excipitur 2. testamentum eorum, qui post illud rite perfectum ab hostibus capti sunt: nam istorum testamenta, non tantum, si redeant, sed etsi in hostium potestate decedant, quasi jure postliminii sustinentur, et effectum consequuntur perinde, acsi in hostium potestatem non devenissent, aut cum caperentur, occubuissent; §. *fin.*

inst. quib. non est permiss. testam. fac. et l. cornelia 12. *ff. qui testam. facer. poss.*

180

Excipitur 3. si capitis diminutionem passi statum postea recuperent, et mortis tempore cives, suique juris sint: ubi tamen distinguendum est inter passos capitis diminutionem infimam, et inter passos capitis diminutionem maximam, vel mediam; nam priorum voluntas praecedens ut reconvalescat, necesse est, ut testator de novo declaret, quod eandem valere velit: quod tamen non requiritur, ut reconvalescat voluntas praecedens in posterioribus; §. *non tamen* 6. *inst. quib. mod. testam. infirm. et l. qui ex liberis* 11. §. *testamento* 4. *vers. plane ff. de bonor. poss. secund. tabul. Ratio est*, quia capitis diminutionem maximam, aut mediam passus statum mutat invitus; passus vero infimam, volens: is autem, qui statum mutat invitus, non censetur mutare priorem voluntatem; secus, si statum mutet volens: ergo etc.

181

Dub. 1. an testamenta etiam irritentur furore, surditate, et prodigalitate superveniente? *Ratio dubitandi est*, quia hujusmodi naturali, aut morali vitio laborans perinde, ut capite diminutus, in eum statum devenit, in quo testamentum non potest facere, ut constat ex dictis *num.* 69. verum haec ratio levis est, cum maxima sit inter hunc, et capite diminutum disparitas; iste enim statum, i. e. libertatem, civitatem, aut familiam amittit, ille haec omnia retinet: igitur licet testamentum de novo non possit condere, nihil tamen impedit, quo minus antea rite conditum haeredem, et exitum habeat; P. Wiest. *hic num.* 237.

182

Dub. 2. an testamentum, ante ingressum religionis conditum rumpatur, aut irritetur, secuta postea professione? Affirmant non pauci DD. sed non ex eadem ratione; nam 1. aliqui cum gloss. *in auth. siqua mulier V. competere C. de SS. eccl.* putant id rumpi professione, quasi agnatione, quod professo monasterium loco filii sit: 2. alii irritari id putant professione eadem, quasi capitis diminutione, quod per eam mutetur status, et professus sui juris esse desinat: 3. alii cum Bartol. Bald. etc. existimant professionem continere tacitam quandam revocationem, quod profitendo censeatur, se suaque omnia dedicasse monasterio.

183

Sed melius cum commun. DD. negatur, testamentum professione aut rumpi, aut irritari; quia non apparet, ex quo capite rumpatur, aut irritetur. Non enim rumpitur 1. *quasi posthumi praete-*

riti agnatione ; quia monasterium vel non habetur loco filii, vel si loco filii habetur aliquando , non habetur, nisi in casibus jure expressis , qualis tamen praesens non est. Non 2. *quasi capitis diminutione* ; quia esto , professione mutetur status , ea tamen mutatio est alterius, et sublimioris ordinis, quam quae capitis diminutione inducitur, ut adeo a capitis diminutione ad professionem religiosam non liceat ducere argumentum. Non denique 3. *quasi mutata voluntate priore*, qua testamentum condidit; quia imprimis tacita revocatio non sufficit ; *l. sancimus* 27. *C. hoc tit.* et si sufficeret , haec tamen immerito ex professione praesumitur ; quia religiosus tantum illa bona sua monasterio dedicasse praesumitur ; de quibus ante ingressum , vel professionem dispositionem non fecit ; *auth. nunc autem C. de episc. et cleric.* ibi , *si prius testatus non fuit.*

184

Dub. 3. quando effectum habeat testamentum , conditum a religioso ante ingressum suum in religionem? Resp. Cum distinctione: vel enim testator ingressus est religionem successionis haereditariae incapacem , vel contra ejus capacem.

Si primum, ejus testamentum statim a professione emissa effectum habet , ita , ut haereditas ei relicta statim deferatur , et legata debeantur , non secus , acsi naturaliter fuisset mortuus , ut cum communi notat Pal. *tract.* 16. *D.* 1. *p.* 14. *n.* 5. *Ratio est* , quia professio in ejusmodi religione edita quoad omnes effectus, ac proinde etiam quoad professi bona idem operatur , quod mors naturalis.

185

Si secundum , testamentum testatoris talem religionem ingressi effectum non habet usque ad mortem naturalem illius, adeo, ut ante illam nec haereditas , nec legata danda sint iis, quibus relicta sunt, sed omnia professi bona tam quoad proprietatem, quam quoad usumfructum interea maneant penes monasterium, ut cum aliis recte advertit Sanch. *l.* 7. *mor. cap.* 3. *n.* 69. tunc enim professio non aequiparatur morti naturali , sed monasterium repraesentat personam professi , quamdiu iste superstes est. Et hinc si haeres , vel legatarius decedant ante testatorem professum , haereditatem, et legata ad haeredes suos non transmittent , sed illa , tanquam caduca , pleno jure , et perpetuo remanebunt penes monasterium ; *arg. l. satius* 48. §. *Cornelio* 1. *ff. de jur. fisc.*

Excipitur , si testator voluisset , ut suum testamentum ab ipso professionis die effectum haberet ; potest enim religionem ingrediens disponere de rebus suis , prout voluerit. Quocunque autem modo disposuerit , dispositionem illam emissa professione revocare non am-

plius potest, quia revocatio talis condendi testamenti potestatem supponit, qua caret professus.

186

Quaeritur 3. quomodo *destituatur* testamentum? Resp. Testamentum destituitur, cum vitium id infirmans directe afficit haeredem; cum enim istius institutio caput, et fundamentum testamenti sit, ut dictum est *n.* 68. haerede deficiente, etiam testamentum irritum fieri necesse est.

Fit autem hoc dupliciter, proprie, et improprie. *Improprie* destituitur, quando haeres scriptus moritur ante testatorem; tunc enim non potest jus succedendi transmittere ad haeredes suos, cum ipsemet nondum haeres fuerit; quia nemo vivus haeredem habet. *Proprie* destituitur, quando testatore defuncto, adiri haereditas potuisset, sed ob omissam aditionem effectum non consequitur.

187

Quod iterum dupliciter potest contingere. 1. si ideo non adiit haereditatem, quia intra annum deliberandi mortuus est, si simpliciter repudiet haereditatem. *Si secundum contingat*, simpliciter destituta haereditas dicitur, non vero, *si primum*; quia eam adeundi jus intra annum haeres illo institutus ad haeredes suos transmittit: qui si eam repudient, tum enim vero per se loquendo testamentum destitutum dicetur; *l. testamentum* 1. *ff. injust. rupt. etc. et l. cum in antiquioribus* 19. *C. de jur. deliberand.* non tamen omnino; quia, ut testis est Haun. *tom.* 2. *de J. et J. tract.* 6. *n.* 151. non desunt DD. qui tali casu legatariis, et fideicommissariis velint concessam facultatem, ut saltem legata, et fideicommissa consequantur ex *novell.* 1. *cap.* 1. §. 1. *vers. si vero nullus aliter.* Quidquid de hoc sit, destituto hujusmodi testamento, legata tamen pia in eo relicta praestanda sunt, ut communissima habet sententia apud Barry, *l.* 10. *de testat. et intestat. tit.* 13. *n.* 14.

188

Quaeritur 4. quid sit *querela inofficiosi?* Et quibus competat? Resp. *Querela inofficiosi* est remedium extraordinarium, jure introductum, competens personis, quae cum lege haeredes deberent institui, contra pietatis officium immerito exhaeredatae, vel praeteritae fuerunt: *inst. princ. et l. hoc colore* 2. *ff. de inoffic. testam.*

Competit hoc omnibus iis, quibus ex juris dispositione debetur legitima, transmittuntque hi illam etiam ad haeredes, cum discrimine tamen: nam si sui isti sint, transmittunt ad eos etiam non praeparatam; si vero extranei, per contestationem litis, vel ejus comminationem, aut agnitam bonorum possessionem jam praeparatam; *l. scimus* 36. §. *fin. et l. siquis* 34. *C. de inoffic. testament.*

189

Instituenda autem est querela ista contra haeredes institutos, postquam delatam sibi haereditatem adiverunt; *l. Papinianus* 8. §. *si conditioni* 10. *ff. eod.* Petitur per illam; tum ut testamentum, contra officium, e. g. paternum factum, rescindatur; tum ut haereditas quasi ab intestato restituatur agenti; *l. quae nuper* 31. *C. et l. eum qui* 21. §. *item respondit* 2. *ff. eod.*

Hodie in linea ascendente, vel descendente regulariter locum non habet; quia ex recepta in praxi sententia, si inter ascendentes, et descendentes injusta exhaeredatio, vel praeteritio contingat, testamentum quoad institutiones habetur pro nullo, et praeteritis, tanquam ab intestato, permittitur ex aequo cum aliis ad haereditatem venire; *novell.* 115. *cap.* 3. *et* 4. quod confirmatur in jure nostro bavarico *Landrecht tit.* 35. *art.* 1. *Excipitur* 1. si legitima causa exhaeredationi adscripta est, quae tamen ab haerede probari non potest. 2. Si post commissam ingratitudinem, et subsecutam exhaeredationem reconciliatio inter patrem, et filium facta est; nam hoc duplici casu testamentum etiamnum valet, et per querelam everti debet; *Landrecht tit.* 35. *cit. art.* 1. Fachin. *lib.* 6. *contr. cap.* 79. Anton. Faber. *error. pragm. decad.* 14. *erro.* 7. magnif. D. Christoph. de Chlingensperg. *inst. tit. de inoffic. testam. quaest.* 3.

190

Cessat querela haec pluribus casibus. 1. si suppetat aliud remedium ordinarium, quo exhaeredatus, salvo testamento, ad haereditatem, vel partem illius perveniat; §. *tam autem* 2. *inst. de inoffic. testam. Ratio est*, quia querela haec est remedium extraordinarium, cui locus non est, quando aliud ordinarium datur. 2. Si instituta sit causa pia; quia quod testamentum ex inofficiosi querela everti possit, sapit meram juris civilis subtilitatem, quae in testamentis ad pias causas factis non attenditur: hinc tali casu filius consequetur solam legitimam; Tiraquell. *caus. piae privil.* 14. 3. si exhaeredatus testamentum approbavit, aut querelae quomodocunque, etiam tacite v. gr. legatum eo relictum agnoscendo renuntiavit; *l. siquando* 35. §. *et generaliter* 2. *C. eod.* potest tamen eo casu ex textu *cit.* agere pro supplemento legitimae. 4. Si quinquennio tacuerit post aditam haereditatem; *l. siquis filium* 34. *in fin. C. eod.* Legitimam tamen, et istius supplementum petere potest usque ad 30. annos; Brunnem. *in l. cit. n.* 6. 5. si exhaeredatio facta sit ex justa, veraque causa; *novell.* 115. *cap.* 3. §. 14. *vers. sive igitur.* Plura de his civilistae.

§. VII.

De executione testamenti, et aliarum ultimarum voluntatum.

SUMMARIUM

191

Quaeritur 1. quotuplicis generis sint executores testamentorum? Resp. Quemadmodum tutores, ità et executores testamentorum, aliarumque ultimarum voluntatum sunt triplicis generis, videlicet testamentarii, legitimi, et dativi. *Testamentarii* vocantur, qui ab ipso testatore in ultima sua voluntate designati sunt; *legitimi*, qui a lege, seu jure dati; *dativi*, qui a magistratu, seu judice constituti.

Cuilibet testatori licet executorem testamenti sui constituere, quem ipse vult. Si executorem ipse non constituit, executio, etiam quoad legata, est penes haeredes, ut colligitur ex *cap. nos quidem* 3. *hoc tit.* ibi, *Cujus desiderium*, i. e. supremae voluntatis executio, *a religiosa foemina ejus haerede protrahitur. Excipiuntur* ea, quae pro redemptione captivorum, vel pauperum alimentis sunt relicta; horum enim executio, alio a testatore non destinato, non ad haeredes, sed ad episcopum loci, tanquam patrem pauperum, et miserabilium personarum spectare debet; *l. nulli* 28. *C. de episc. et cler. et novell.* 131. *cap.* 10. nisi aliud consuetudo loci legitime introducta habeat.

192

Quaeritur 2. quinam esse testamentorum, et ultimarum voluntatum executores possint? Resp. Possunt esse quicunque: et ii quidem 1. non tantum mares, sed etiam foeminae; *cap. nos quidem* 3. *hoc tit.* et *l. a filio* 15. *ff. de alim. legat.*

2. Non tantum majores, sed etiam minores 25. annis, modo decimum septimum aetatis aunum excesserint, quia haec aetas sufficit, ut quis sit procurator ad negotia; *cap. quia generaliter* 5. §. *fin de procurator, in* 6.

3. Non tantum laici, sed etiam clerici: imo et religiosi, etiamsi testamentum conditum sit solum ad causas profanas, ut colligitur ex *cap. tua* 17. *cap. Joannis* 19. *h. tit. cap. religiosus* 2. *eod in* 6. qui ultimus textus de religioso ultimae voluntatis executore generaliter loquitur, nulla distinctione facta inter causas pias, et profanas. *Ratio est*, quia justae voluntatis defuncti ad causas etiam profanas executio inter pia opera numerari solet, quae religiosum non dedecent.

193

4. Constitui possunt executores, non unus tantum, sed plures. Si plures constituantur, et unus eorum decedat, absens sit, vel alias impeditus, possunt procedere reliqui; *cap. religiosus cit.* §. *sane*, ubi etiam ratio additur, *ne* scilicet *testatori voluntatem diu impediri*, *vel nimis differri contingat. Excipitur*, nisi in talem casum aliud sit testamento expressum; §. *sane cit.* cum enim rationabilis voluntas testatoris pro lege habeatur, id, quod testamento expresserit, in hujusmodi eventum observandum erit; Vivian *in.* §. *sane cit.*

5. Perinde est, sive executores, quando plures constituuntur, unius, an diversae professionis sint; potest enim costitui laicus cum clerico, vel religioso. *Neque obstat*, quod alias in uno, eodemque officio non debeat esse dispar professio; *can. in nova* 22. *caus.* 16. *quaest.* 7. quia id non procedit, quando qui diversae professionis sunt, admittuntur ad aliquid agendum; non ut collegium, vel ut corpus unitum, sed ut singuli, et diversa capita; Pirh. *hic. n.* 102.

194

Quaeritur 3. an omnes religiosi, et quo pacto executores testamentorum, et ultimarum voluntatum esse possunt? Resp. Possunt omnes, quibus id per regulam, et constitutiones peculiares ordinis sui non repugnat, non tamen sine licentia superioris sui, prout statuitur *cap. religiosus* 2. *cit.* et *clem. un. h. tit.*

Dixi, *quibus id non repugnant etc.* propter FF. minores ordinis s. Francisci, qui executores testamentorum esse omnino prohibentur, ita, ut neque superior ipsis dare licentiam possit; *Clem. exivi* 1. §.

item quod vers. cumque dicti de V. S. et redditur ibi ratio; *quia pro nulla re temporali possunt iu judicio experiri*; executoris autem minus saepe expediri, et rite obiri nequit sine litigio.

Addidi, *non tamen sine licentia superioris;* hanc in religionibus non exemptis dare potest non tantum praelatus ordinis, sed etiam episcopus, et sede episcopali vacante, capitulum: in exemptis vero solus praelatus ordinis, isque non supremus tantum, sed etiam immediatus, nisi per peculiares ordinis costitutiones aliud quid praescribatur, prout fit in societate Jesu, ubi ad munus executoris testamenti suscipiendum facultatem dare potest solus generalis, seu is, cui ab isto potestas hanc concedendi communicata est; *const. p.* 6. *c.* 3. §. 7. *litt. D.*

195

Dubium est, an gesta a religioso, qui munus exequendi testamentum sine licentia superioris contra canonum prohibitionem suscepit sint valida? Negant cum pluribus aliis Sylv. *V. testamentum* 2. *q.* 2. *dict.* 3. Covar. *in c. tua nos* 17. *hoc tit n.* 2. *in fin.* Molin. 2. *de J. et J. D.* 247. *n.* 9. Moventur 1. *arg. l. non dubium* 5. *C. de LL.* secundum quam nulla sunt, quae lege prohibente fiunt. 2. *Ratione*: quia religiosus velle, et nolle non habet, nisi dependenter a suo superiore: igitur isto nolente, religiosus executoris munus suscipiens perinde se habet, ac is se habet, qui non vult esse executor, sed hujus acta, siquid agit circa executionem testamenti, invalida sunt: quia verus executor non est; ergo etiam religiosi executionis munus suscipientes sine superioris sui licentia.

196

Sed adhuc probabilius est ejusmodi executionem regulariter esse validam. Ita cum communiore DD. Menoch. *l.* 2. *praesumpt.* 46. *n.* 14. Azor *p.* 1. *l.* 12. *c.* 11. *q.* 1. Pal. *tr.* 16. *D.* 4. *p.* 13. §. 1. *n.* 8. et plures alii ab his *citt. Ratio est*, quia adest sufficiens voluntas, et consensus testatoris, et executoris, spectato jure naturali: et licet canones prohibeant, non tamen irritant executionem factam.

Ex quo patet ad argumenta allata in contrarium. *Ad.* 1. Lex illa solum procedit, quando non sistitur intra terminos prohibitionis, sed res aliqua ad formam requiritur; non autem ita requiritur licentia in nostro casu: ergo etc. *Ad* 2. quamvis religiosus sine licentia superioris non possit velle, aut nolle aliquid licite, potest tamen velle, et nolle simpliciter, quod sufficit ad valorem actus, a jure non irritati, ut notat Frid. Senens. *cons.* 293. *in fin.*

197

Quaeritur 4. an is, cui a testatore executoris munus est demandatum, compelli possit ad illud suscipiendum? Resp. regulariter

non posse compelli ad illud suscipiendum, posse tamen ad implendum, si illud expresse, vel tacite in se suscepit. Ita passim DD. et colligitur ex *c. Joannes* 19. *h. tit. Ratio est*, quia officium executoris est instar officii procuratoris, quod licet a principio voluntarium, post susceptum tamen mandatum necessario implendum est; *l. invitus* 17. *C. de procurat.*

Dixi *regulariter;* quia imprimis ad id munus suscipiendum cogi potest religiosus a superiore suo regulari. Deinde si ita necessitas exigat, clericum sibi subditum, recusantem acceptare munus executoris, compellere potest episcopus ad pia legata exequenda, si non ut executorem testamentarium, saltem ut delegatum, et commissarium suum, ut recte advertit Pirh. *hic num.* 113.

Addidi *expresse*, *vel tacite*; sufficit enim acceptatio tacita, quae ex facto aliquo cognosci possit, ut actum aliquem muneris exerceat, vel si litteras, in quibus executoris munus ipsi demandatum est, scienter accepit, nec contradixit, aut contra protestatus est; *arg. clem.* 1. *de procurat.* et tradit Bartol. *in leg. Titius* 24. *ff. de constitut.*

198

Dubium est, a quo judice executor testamenti ad exequenda legata in illo relicta compelli possit? Resp. cum distinctione: vel enim testator est clericus, vel laicus. *Si primum*, insinuatio testamenti coram solo judice ecclesiastico, et ab hoc solo fieri compulsio debet, nec immiscere se eo casu judex saecularis in executionem potest.

Si secundum, gloss. *in c.* 17. *V. piis voluntatibus h. tit.* distinguit inter legata pia, et non pia. *In legatis piis* admittit executorem compelli ad ea exequenda posse tam a judice saeculari, quam ab ecclesiastico; at *in profanis* putat compulsionem spectare ad solum judicem saecularem. Sed melius sentit gloss. *in c.* 7. *V. ab episcopo hoc tit.* cum communi doctrina, juxta quam compulsio etiam tali casu est mixti fori, ita, ut inter judicem laicum, et ecclesiasticum locus praeventioni sit. *Primum* colligitur ex *c. nos quidem* 3. *can. si haeredes* 6. *c. tua* 17. *hoc tit.* et statuitur in Trid. *sess.* 21. *cap.* 8. *de reform. Alterum* de legatis profanis sumitur ex *c.* 6. *cit.* et *c. Joannes* 19. *hoc tit.*

Ratio utriusque est, quia judex ecclesiasticus subvenire debet miserabilibus personis, et destitutis omni auxilio; *c. super quibusdam* 26. *de V. S.* sed defunctus est talis persona, cum ipsemet agere non possit, ut ultima sua voluntas impleatur; ergo etc.

199

Proceditque hoc 1. etiamsi testator prohibuisset in testamento, ne episcopus, vel judex saecularis executorem ad exequendum compellat, prout constat ex *c. tua cit.* et ratio est, quia cum testator

sit persona privata, non potest tollere, vel impedire dispositionem juris publici, et communis.

Procedit 2. etsi is, cui talia legata in testamento relicta sunt, id non exigat, vel non possit exigere, prout colligitur ex *c. nos quidem cit.* ubi processum est ad ejusmodi compulsionem ex mero officio episcopi, nemine petente.

200

Quaeritur 3. intra quod tempus haeredes, et executores ultimam voluntatem defuncti implere debeant? Resp. distinguendo: vel enim testator ipse certum tempus executioni praescripsit, vel non praescripsit. *Si primum*, intra illud tempus implenda est ejus voluntas ultima; quia haec est instar legis, et pro lege habenda; *can. ultima* 4. *caus.* 13. *qu.* 2. *si secundum*, executio fieri debet, quamprimum post aditam haereditatem potest, ut communis docet cum Sylv. *v. testamentum* 2. *q.* 6. Quodsi haeres, vel executor post praeviam monitionem, saltem unam, a judice ecclesiastico, ved saeculari factam, illam intra annum non exequatur, eo elapso, potestas exequendi, saltem quoad pia legata, devolvitur ad episcopum, ut habetur *c. nos quidem* 3. *h. tit. auth. hoc. amplius cod. de fideicomm.* et *novell.* 131. *c.* 10.

201

Dubium est, an tempus executori ab homine, vel jure statutum ad implenda defuncti jussa sit continuum, vel utile? Continuum esse, et cons. etiam ignoranti, et legitime impedito currere, docet Dúrand. *in specul. l.* 2. *p.* 2. *tit. de instrum. addit.* §. 13. *n.* 39. ex ratione, quia definitum est in favorem eorum, quibus aliquid in testamento relictum est, praesertim si in piam causam v. g. pauperum alimenta relictum sit, ne legatis, sive relictis diu carere debeant: atqui tempus definitum in favorem alterius continuum est juxta doctrinam receptam gloss. *in c.* 3. *V. numerandum de praebend. in* 6. ergo etc.

Haec sententia valde probabilis est, probabilius tamen est illud esse utile, adeoque ignoranti, et legitime impedito non currere. Ita Abb. *in repetit. c. cum esses* 10. *h. tit. n. ult.* Covar. *in c.* 3. *cit. n.* 3. *et* 4. Barb. *ibid. n.* 3. Pirh. *hic n.* 122. *Ratio est,* quia hoc tempus executoribus concessum non statutum est in merum favorem legatariorum, sed in odium, et poenam executorum negligentium, ut patet ex *c.* 3. *cit.* ibi *implere neglexerit*: atqui tempus statutum in favorem unius et odium alterius ignoranti, et legitime impedito non currit: ergo etc.

Hinc cadit argumentum sententiae oppositae.

202

Quaeritur 6. quae sit poena haeredis, vel executoris, si hic intra tempus a jure definitum negligat exequi voluntatem testatoris ultimam? Resp. In poenam privatur rebus a defuncto sibi relictis cum fructibus, et ceteris emolumentis, ut habetur *c. si haeredes h. tit. auth. hoc amplius C. de fideicomm. et novell.* 1. *c.* 1. *§. siquis autem* 1. *princ. Extenditur hoc* 1. tam ad legata pia, quam ad profana, cum discrimine tamen; nam qui legata profana exequi negligit, poenam istam primum incurrit post annum negligentiae; atqui pia, etiam intra illum, ut patet ex *novell.* 131. *c.* 12. *vers. si autem legatum. Extenditur* 2. tam ad executorem, qui haeres est, quam ad eum, qui non est haeres; nam *l. si patroni* 55. *§. quid ergo* 3. *ff. ad S. C. trebell.* generaliter pronuntiat, *eum, qui destituit supremas defuncti voluntates, indignum esse, ut aliquid consequatur ex ea voluntate. Excipiuntur*, haeredes necessarii; nam hi, etsi negligentes sint in exequenda ultima voluntate testatoris, etiam quoad legata pia, non tamen ideo privantur sua portione legitima, quippe quae illis non ex voluntate testatoris, sed ex juris dispositione obvenit.

203

Dubium est, cui applicanda sint emolumenta, quibus ob negligentiam in executione testamenti commissam privatus est haeres, vel executor? Quod resolvendum est distinctione: *vel enim testator jam ipse de his disposuit in testamento*; et tunc omnino standum est voluntate testatoris, et emolumenta applicanda illi, cui testator voluit. *Vel contra nihil de illis disposuit*, et tunc iterum distinguendum est, an dispositio facta sit ad pias causas, an vero ad profanas. *Si primum*, episcopus facultatem habet vindicandi sibi omne lucrum, seu commoda, quae haeredi, vel executori relicta erant, et quibus ob negligentiam privatus fuit, ita tamen, ut ad pias causas ea applicet, ut habetur *auth. licet C. de episc. et cleric. et novell.* 131. *c.* 11. *vers. siquis autem hoc facere etc. Si secundum*, lucrum, et commoda, relicta executori, deferuntur aliis cohaeredibus, aut collegatariis, vel etiam haeredibus ab intestato venientibus, ac deinceps aliis secundum ordinem praescriptum *in auth. hoc amplius C. de fideicomm. et novell.* 1. *c.* 1.

204

Quaeritur 7. quaenam sit obligatio executoris post executionem factam? Resp. Tenetur ad rationem reddendam; cum duplici tamen limitatione. 1. Si res sint minimae; nam de his ejus juramento creditur, si commode instrumentum non poterat confici. 2. Siquae te-

stator ipsi secreto exequenda commisit ; hoc casu tamen ipsi non creditur, nisi commissionem secretam sibi factam vel ex testamenti ipsius tabulis , vel per idoneos testes probet.

205

Dubium est , cui rationem executionis testamenti , et aliarum ultimarum voluntatum reddere debeant clerici , et religiosi testamentorum executores? Resp. cum distinctione inter religiosos , et clericos saeculares.

Religiosi , etiam exempti , si caustrales sint , seu in monasterio degant , rationem reddere episcopo suo dioecesano debent ; nam in hoc puncto eidem subjiciuntur, ut patet ex *Clem. un. h. tit.* Idem dicendum de *clericis saecularibus non exemptis.*

206

Major difficultas est *de clericis saecularibus exemptis* ; nam paritas rationis etiam ad hos videtur extendi. Melius tamen negatur , et dicitur , istas executionis testamentariae rationes papae duntaxat, vel ejus legato , aut alteri suo legitimo superiori teneri reddere. Ita gloss. *in Clem. cit. V. tales* , Abb. *ibid. n.* 8. Barb. *n.* 5. Pirh. *hic n.* 111. Vviest. *n.* 289. *Ad rationem dubitandi* negari etiam potest , quod eadem sit ratio in clericis saecularibus , quae in religiosis exemptis ; nam ut gloss. *cit.* dicit , impulsiva hujus prohibitionis causa fuit , quia religiosi plus in his delinquebant, quam saeculares.

§. VIII.

De commutatione ultimarum voluntatum.

SUMMARIUM

207

Quaeritur 1. an commutare ultimas voluntates possint executores? Resp. non posse, sed standum ipsis omnino est voluntate defuncti, et haec, si de facto, et de jure, sive licite, et honeste possit, omnino implenda, ita, ut relicta a testatore in alios, quam destinata sunt, usus converti, etiam de haeredum consensu, nequeant; *c. conquestus* 16. *de for. compet. can. nos quidem* 3. *h. tit. Clem.* 2. *de relig. domib.* et trid. *sess.* 22. *c.* 6. *de reform. Ratio est*, quia executorum munus, et officium, ut ipsum eorum nomen indicat, est executione, seu ministerio suo implere, quod supremae voluntatis suae elogio defunctus constituit.

208

Excipitur 1. si mutetur in melius quoad tempus, terminum executioni a testatore praefixum praeveniendo; quia talis praeventio non censetur esse contra voluntatem defuncti; *arg. l. post mortem* 12. *C. de fideicomm.* ubi rogatus post mortem suam restituere haereditatem alteri, potest restituere illam etiamnum vivens.

Excipitur 2. si ipse testator executori facultatem in opus, quod melius judicaverit, commutandi specialiter concessit; quia etiam hac in re defuncti voluntas servanda, et commutandi facultas executori adimenda non est; Socin. *de oblat. l.* 19. *n.* 21. Vviest. *hic n.* 292.

Excipitur 3. si legatum relictum certo loco, aut alteri usui, ad illum applicari non possit; tunc enim legata, saltem pia, ita

implenda sunt, ut quam minime recedatur a voluntate defuncti: quod fiet, si cum episcopi consensu executores id, quod ita relictum est, applicent ad alium usum pium; Molin. *tr.* 2. *disc.* 249. *num.* 7.

209

Dubium est, an executor, jussus pecuniam distribuere in pauperes, aut impendere in alios usus pios, partem aliquam sibi ipsi applicare possit, si ipse sit vere pauper? Negat hoc posse, nisi in casu extremae necessitatis, cum quibusdam aliis Sylv. *V. testamentum* 2. *q.* 2. *dist.* 5. et videtur hoc etiam probare ratio. 1. Quia testamento relicta expendenda sunt secundum voluntatem defuncti; *c. tua* 17. *hoc tit.* hoc autem non facit executor, partem a testatore pauperibus relictorum applicando sibi; *arg. l. si mandavero* 22. §. *si tibi* 7. *ff. mandati*, ubi dicitur eum, qui jussus est dare, quae (vel potius, ut alii legunt, *cui*) voluerit, et illud ipse consumpserit, mandati actione teneri. 2. Quia siquis pro poenitentia a confessario injuncta jussus est aliquid pecuniarum erogare in pauperes, nullam ejus partem potest applicare sibi: ergo similiter hoc negandum est de executore testamenti.

210

Sed respondendum est distinguendo: vel enim testator voluit, ut pecunia ab ipso relicta certis, et ab executore distinctis personis distribuatur; et tum si de hoc constat, ejus mens omnino implenda est; *c. tua* 17. *h. tit.* vel contra nulla determinata persona ab eo est destinata, sed legatum solum relictum pauperibus in genere; et tunc verius est, si executor vere pauper sit, eum posse relictorum partem aliquam applicare sibi. Ita Menoch. *l.* 4. *praesumpt.* 125. *n.* 17. Sanch. *l.* 6. *mor. c.* 11. *n.* 54. *et* 55. Barbos. *de offic. episc. allegat.* 83. *n.* 21. et apud hos plurimi alii *cit. Ratio est*, quia si ipse vere pauper sit, relictorum pars, quam ipse sibi attribuit, jam est expensa in pauperem, et cons. impleta testatoris voluntas: imo ejusmodi applicatio congruit ordini charitatis, quae a seipso incipit.

211

Addidi autem, *partem aliquam*; nam jussus erogare pecuniam in pauperes, eam totam nec sibi, nec alii soli applicare potest, quod testator utendo numero plurali censeatur voluisse subvenire egestati plurium.

212

Neque obstant responsioni nostrae argumenta opposita. *Ad* 1. Dispositio *l. cit.* intelligi debet de eo, qui sibi applicat relictum, quod ex mente testatoris in alios distribuendum erat; non vero de

illo, qui partem aliquam sibi retinet ex iis, quae distribuenda erant in pauperes solum in genere. *Ad* 2. negatur paritas; nam confessarius injungendo hujusmodi eleemosynam, eam injunxit poenitenti in poenam, poenae autem rationem non haberet, si poenitens eam posset retinere sibi.

213

Quaeritur 2. an ad commutandas ultimas voluntates necessaria sit authoritas superioris, et cujus? *Necessariam* illam esse, indubium est ex iis, quae hactenus dicta sunt. Cujus superioris authoritate opus sit, expediri distinctione potest: vel enim res ibi relictae ad causam piam relictae sunt, vel contra ad causam profanam.

Si primum, extra controversiam est, eam commutationem fieri posse a summo pontif. Colligitur ex *clem.* 2. *de relig. domib.* nam ibi Clemens V. postquam dixit, ea quae ad certum usum largitione sunt destinata fidelium, ad illum, non alium usum converti debere, addidit clausulam, *salva sedis apostolicae authoritate*: igitur argumento a sensu contrario authoritate sedis illius commutatio fieri potest. Nec immerito; nam penes sedem apostolicam est suprema, generalis, et immediate a Christo collata administratio, et dispositio omnium rerum, quae relationem ad finem supernaturalem habent, ita, ut disponere de iis libere possit, prout publicae, et privatae necessitates exegerint, aut utilitates suaserint, ut cum S. Thom. 2. 2. *q.* 100. *art.* 1. communiter docent TT. et canonistae: atqui relicta ad causas pias vel maxime relationem habent ad finem supernaturalem: igitur si ita vel necessitas, vel utilitas suaserit, illa ad alium usum, quam a testatore praescriptum sit, applicare pontifex, et sic ultimam voluntatem commutare poterit.

214

Si secundum, et ultima voluntas solum tendat ad causam profanam, ad commutationem illius sufficit authoritas principis, vel magistratus saecularis supremi, ut cum communi docet Suar. *l.* 2. *de legib. c.* 14. *n.* 11. et colligitur ex *l. legatum* 4. *ff. de administr. rer. ad civit. pertin. Ratio est*, quia res istae, et voluntates subditorum, quatenus istas respiciunt, proprio principi ita subjiciuntur, ut de iis saltem ex justa, et publicam utilitatem concernente causa disponere valeat, prout sumitur ex *l. Lucius* 11. *princ. ff. de eviction. et l. quod semel* 5. *ff. de decret. ab ordin. faciend.*

Dubium est, an commutare ultimas voluntates etiam possint episcopi? Negant Molin. *tr.* 2. *D.* 249. *n.* 5. Barbos. *de offic. episc. alleg.* 83. *n.* 2. Pirh. *hic n.* 132. *in fin.* et alii ab his *cit.* juxta quos solius principis, videlicet papae, si causa pia sit, vel principis saecularis, superiorem non recognoscentis, si causa profana, pro-

prium est ultimas voluntates testatorum e rationabili causa commutare. *Fundantur* 1. textibus compluribus juris canonici; *c. conquestus* 16. *de for. compet. c. nos quidem* 3. *h. tit. c. tua* 17. *eod.* et praesertim *clem.* 2. *de relig. domib.* qua episcoporum curae commendatur, ut in certos usus largitione fidelium relicta in eos convertantur; illorum autem conversio, aut commutatio soli papae vindicatur. 2. Ex *l. legatum* 4. *cit.* qua prohibetur, ne pecunia, quae civitati, aut municipio relicta est, in aliam rem, quam defunctus voluit, citra supremi principis authoritatem convertatur: atqui in hierarchia ecclesiastica supremus princeps est solus papa: ergo etc. 3. Ex *ratione*: quia legem superioris relaxare, aut ei derogare inferior non potest: ita derogaret episcopus, si commutaret ultimas voluntates defunctorum; quia commutatio ista jure ecclesiastico communi vetita est; *can. ultima* 4. *caus.* 13. *quaest.* 3. *c. nos quidem*, *c. tua*, *et clem. citt.*

215

Sed his non obstantibus, communior, et in praxi apud episcopos recepta sententia est, quae iisdem rerum ad certos usus pios relictarum a testatore, in alios similes usus conversionem, ex justa causa, et ad instantiam haeredum, vel saltem de consensu illorum permittit. Ostenditur 1. ex *can. praeter hoc* 6. *vers. deinde dist.* 32. ubi asseritur, quod *oblationes vivorum*, *et mortuorum in episcoporum dispositione sint.* 2. Ex trid. quod *sess.* 22. *c.* 6. *de reform.* episcopis non tantum praescribit modum, quem observare debent in commutationibus ultimarum voluntatum, sed etiam commutationes istas ex justa causa faciendi potestatem iisdem generali delegatione confirmat. 3. Ex *ratione*: quia testatorum voluntas, quando ex justa causa in alios, praesertim meliores usus, relicta convertuntur, non infringitur, sed declaratur, ut licet non formalis, virtualis tamen, et interpretativa eorum dispositio adimpleatur.

216

Argumenta adversariorum faciunt quidem illorum sententiam admodum probabilem, non tamen convincunt. *Ad* 1. *clem. cit.* intelligi debet de casu, quo testamento relicta ad causas pias convertuntur ad usum minus pium, et minus utilem, ac sine justa ab ipsis haeredibus, vel executoribus: tres reliqui textus executionem ultimarum voluntatum episcopo quidem commendant, non vero adimunt eidem potestatem eas commutandi in melius. *Ad* 2. lex illa civilis attendenda non est, cum potestatem sic commutandi, ut paulo antea dixi, episcopi a sede apostolica per delegationem generalem acceperint. *Ad* 3. ita commutando non ipsi episcopi juri communi ecclesiastico derogant, sed eidem jam antea derogavit pontifex, et

Conc. trid. dum *l. cit.* vel confirmavit, vel concessit generalem potestatem ex justa causa commutandi ultimas voluntates.

217

Quaeritur 3. an praeter pontificem, et episcopum potestatem commutandi ultimas voluntates etiam habeant alii? Resp. Habent omnes, quicumque jurisdictionem quasi episcopalem obtinent: adeoque etiam S. R. E. cardinales, quamvis presbyteri, vel diaconi tantum, in ecclesia sui tituli: item praelati episcopis inferiores, qui jurisdictionem quasi episcopalem in certum territorium, et populum exercent: et probabilius etiam capitulum, sede episcopali vacante; quia commutatio ista non est actus ordinis, sed jurisdictionis episcopalis, et quidem probabiliter ordinariae, ut recte advertit P. Vviest. *hic num.* 303. haec autem ab episcopo sede vacante ad capitulum transit.

218

Dubium est, an ea potestas etiam competat vicario generali? Resp. distinguendo inter vicarium generalem sede plena, et ea vacante. *Vicarius generalis*, *sede plena*, relicta in certos usus convertere in alios, etiam meliores, vi mandati sui generalis non potest; quia commutationes istae sunt de causis gravioribus, et arduis, quas ut exequi vicarius generalis episcopi possit, speciali mandato ejusdem indiget.

219

De vicario generali capituli sede vacante distinguendum est inter jus antiquum, et novum trid. nam jure antiquo etiam ipse opus habebat speciali mandato capituli ad faciendam ejusmodi commutationem; nunc autem post trid. sufficit mandatum generale: et ratio est, quia ex ejusdem s. synodi decreto totum exercitium jurisdictionis episcopalis a capitulo sede vacante transfertur in vicarium generalem a se electum, vel confirmatum: cons. etiam sine speciali mandato ea poterit, quae alias tale mandatum requirerent, nisi specialiter aliquid sibi reservasset capitulum; Guttier. *l.* 1. *qq. can. c.* 11. *num.* 10.

220

Quaeritur 4. quaenam causa esse debeat, ut ad commutandam ultimam voluntatem sufficiat? Resp. Sufficit quaecumque causa justa, et rationabilis, ut recte observat Monet. *de commut. ult. volunt. c.* 6. *num.* 109.

Talis in specie est: 1. si ultima voluntas impleri nequeat: quia impossibilium nulla est obligatio; *l. impossibilium* 185. *ff. et reg.* 6. *de R. l. in* 6. igitur tali casu impleri illa debebit in alio.

221

2. Si in ejus executione occurrat magna difficultas ; nam id quoque, quod valde difficile est, reputatur moraliter impossibile, cum id tantum dicamur posse, quod commode possumus ; *c. statuimus* 13. *de offic. deleg. in* 6. *et l. nepos* 125. *ff. de V. S.*

3. Si in ejus commutatione inveniatur evidens utilitas ; nam haec necessitati aequiparatur, et hinc quae ob necessitatem, fere omnia etiam permittuntur ob evidentem utilitatem inde provenientem.

4. Si eam suadeat pietas, v. gr. redemptio captivorum, detentorum a paganis, sublevatio pauperum tempore famis etc. cum enim tali casu oppignorari, et distrahi possint res ecclesiarum mobiles, calices, vasa etc. ex eadem causa etiam commutari ultimae voluntates poterunt.

5. Si alia similis causa urgeat: unde ut in hujusmodi voluntatibus ultimis commutandis prudenter procedat superior, in considerationem adducet non tantum causam ipsam, sed etiam legata, an pia illa, vel solum profana sint; certum enim est, quod ad commutanda legata profana minor sufficiat causa, quam ad commutanda legata pia.

THE INSTITUTE OF MEDIAEVAL STUDIES ST. MICHAEL'S COLLEGE LIBRARY

§. IX.

De portione canonica episcopali.

SUMMARIUM

Portio canonica sic dicitur, quia a ss. canonibus introducta, et approbata est. Duplex dividitur, una *episcopalis*, altera *parochialis*. De hac ex instituto agetur *infra tit.* 28. *n.* 83. de episcopali hic.

222

Quaeritur 1. quid sit *portio canonica episcopalis*? Quibus debeatur? Et quo ex capite?

Ad 1. respondeo, regulariter, et spectato jure, est quarta pars obventionum, et bonorum mobilium, ac immobilium, quae inferioribus ecclesiis, monasteriis, hospitalibus, ceterisque sacris, et religiosis locis, intra dioecesim sitis, per ultimam voluntatem a defunctis pro anima sua relicta sunt; *can. vulteranae* 25. *et pluribus seq. caus. q.* 2. *c. conquerente* 16. *de offic. judic. ordin.* Dixi *regulariter*, *at spectato jure;* nam ex consuetudine pro diversitate locorum diversa est, prout innuit *c. requisivisti* 15. *h. t.* et alicubi quidem minor est quarta, alibi autem major, videlicet tertia, vel etiam dimidia; glos. *in c.* 15. *cit. v. quartam.*

223

Ad 2. debetur episcopo: *episcopi* autem nomine hic veniunt etiam praelati inferiores quicunque, qui in certum territorium, et populum, pleno jure sibi subjectum, jurisdictionem quasi episcopalem exercent.

Ad 3. tria sunt capita, ex quibus portio ista debetur episcopis, et iis, qui jurisdictionem quasi episcopalem in populum habent, vi-

delicet superioritas, quam in ecclesias sibi subjectas obtinent; *can. decrevimus* 10. *caus.* 10. *q.* 1. onus pastorale, quod iisdem incumbit, *c. conquerente cit.* et communicatio, quae intercedit inter ipsum, et ecclesiam, cui aliquid est relictum; *c. requisisti cit.*

224

Quaeritur 2. quibus casibus portio haec non praestetur? Resp. Casus ejusmodi plures aliis *cit.* enumerat P. Vvies. *hic n.* 258. *et seq.* et 1. quidem, siquid ecclesiis, vel aliis ejusmodi locis obvenerit ex contractu, vel donatione inter vivos. 2. si relictum sit personae, non ecclesiae, vel dignitati. 3. si pauperibus studiosis alendis, puellis egenis dotandis, aut aliis miserabilibus personis; quia relictum censetur ipsis personis. Neque refert, etsi istae in certa aliqua domo simul habitent, modo illa episcopi authoritate erecta non sit. 4. si relictum sit ecclesiae, vel monasterio, non pro anima, sed ob aliam causam, e. g. pro servitio ab ecclesia sibi praestito. 5. si pro aedificatione, vel reparatione ecclesiae, pro supellectili, et ornamentis sacris, pro excitando sacello, vel altari, pro fundatione beneficii, vel missae etc. 6. si locus sacer, cui aliquid relictum est, gaudeat speciali privilegio apostolico, quo eximatur a portione reddenda episcopo: sed hoc privilegium, ut ejusmodi immunitatem defacto praestet, obtineri debet in forma speciali. 7. si tales ecclesiae, et loca sacra vi consuetudinis, vel potius praescriptionis ab obligatione portionem istam solvendi sint factae immunes; nam adversus illam praescriptio quadragenaria cum titulo conjuncta praevalet, ut patet ex *c. de quarta* 4. *de praescr.*

225

Quaeritur 3. an canonica portio debeatur etiam ex iis, quae ecclesiis, monasteriis etc. obveniunt mortis causa donatione, aut jure institutionis? *Rationem dubitandi* faciunt *c. ex parte c. officii*, *c. requisisti*, *et c. fin. cit.* ubi cum de portione episcopali agitur, ponuntur verba *relicti*, *et legati*, quae proprie conveniunt iis, quae legati, non quae institutionis, aut donationis mortis causa nomine ad successores transeunt.

Sed adhuc respondendum est affirmative cum communi DD. idque ex paritate rationis: ideo enim ex legatis debetur episcopo portio canonica, quia pro animae salute per ultimam voluntatem relicta sunt; hoc autem contingit non minus per mortis causa donationem, et institutionem haeredis, quam per legatum relictum ecclesiae: ergo etc. Quare dicendum, portionem canonicam episcopo solvendam ex iis omnibus, quae ad hunc finem, sc. pro animae salute, ultima voluntate a defuncto relinquuntur, et obveniunt episcopis dioecesanis: imo non de his tantum, sed etiam de haereditate, quae ec-

clesiae ab intestato defertur, episcopo portionem illam deberi, non obscure traditur *c. de sancto* 2. *de succes. ab intest.*

Ad rationem dubitandi textus *cit.* de legatis loquuntur, non quod ex illis solis debeatur canonica portio, sed quod ea frequentissime obveniant ecclesiis, haereditates autem raro. Deinde verbo *relicta* etiam includitur haeredis institutio, ut colligitur ex *c. Rainutius* 16. *vers. mortuo*, *et l. quoniam* 15. *C. de testam.* et ideo necesse non erat specialem mentionem fieri de institutione. Sed neque opus erat fieri mentionem de mortis causa donatione; cum enim ista ultimis voluntatibus connumeretur, facile quisque colligere poterat, eandem in hac, quae in aliis voluntatibus ultimis obligationem esse.

226

Quaeritur 4. an episcopo debeatur portio canonica etiam de relictis ecclesiae, vel monasterio exempto? Affirmat Hostiens. *in sum. de sepult. n.* 12. Laym. *l.* 3. *tr.* 5. *c.* 12. *n.* 13. et alii ab his *citt.* *Nituntur* 1. textibus *cit. et can. constitutum* 60. *caus.* 16. *q.* 1. ubi generaliter, et indistincte portio ista conceditur episcopo ex iis, quae ecclesiis, et aliis locis piis dioecesanis sunt relicta. 2. *paritate* cum portione canonica parochiali, quam etiam exempti solvere de funeralibus, et ceteris hujusmodi obventionibus debent; *Clem. dudum* 7. §. *deinde vers. verum de sepult.* 3. *praxi hodierna* nonnullarum ecclesiarum cathedralium Germaniae nostrae, quae nomine portionis canonicae partem vigesimam, vel aliam similem exigunt de iis omnibus, quae locis religiosis, etiam exemptis, ultima voluntate relinquuntur a clericis beneficiatis saltem parochis.

227

Verum his non obstantibus, melius negatur, quod ex his portio canonica debeatur episcopo. Ita Innoc. *in c. requisisti cit. in princ.* Sylv. *V. canonica portio q.* 3. Barb. *de offic. episc. all.* 86. *n.* 10. Pirh. *hic n.* 100. Vvies. *n.* 267. et ipso teste ceteri doctorum plerique. *Ratio est* 1. quia in ecclesiis exemptis cessat causa, ob quam ceterae ecclesiae portionem canonicam episcopo debent solvere, cum illarum dioecesanus non ipse, sed papa sit. 2. Portio canonica tantum solvitur episcopo ab ecclesiis sitis intra dioecesin ejusdem: atqui locus exemptus in dioecesi aequiparatur loco extra dioecesin sito; et propterea dicitur esse in *dioecesi quidem*, sed non *de dioecesi.* 3. Portio canonica est unum ex juribus episcopalibus, pertinentibus, vel ad legem episcopi dioecesanam, vel jurisdictionis: atqui a lege dioecesana eximuntur monasteria omnia, a lege jurisdictionis autem saltem exempti: ergo etc.

228

Argumenta contraria debilia omnino sunt. *Ad* 1. rationes allatae satis probant, textum *cit.* generalitem restringi solum ad loca non exempta. *Ad* 2. negatur paritas: nam ratio solvendi portionem canonicam parochialem locum habet, etiamsi defunctus sepultus sit in loco exempto; solvitur enim ideo, quia defuncto ab ecclesia parochiali ex obligatione ministrata sunt sacramenta, aliaque divina. *Ad* 3. defalcatio illa vicesimae, vel alterius similis partis potius habet rationem spolii, quam portionis canonicae, et exigitur non tantum ex iis, quae ecclesiis, et locis sacris, sed etiam, quae personis privatis, et consanguineis relicta sunt ab ejusmodi clericis, ex quibus tamen, ut ex *n.* 224. patet, portio canonica peti non potest.

229

Quaeritur 5. an siquis in testamento episcopo reliquit propriam suam partem, et praeter hanc alia multa in eodem testamento relicta sint monasteriis, vel aliis piis causis, episcopus, non obstante, quod propriam portionem ex testamento sit consecutus, adhuc petere possit portionem canonicam ex aliis piis legatis, relictis in illo testamento? Resp. cum distinctione: vel enim testator episcopo propriam aliquam portionem legavit absolute, vel conditionate, ut illa sola esset contentus.

Si primum, jus suum episcopo inviolatum manet, ita, ut non obstante, quod illam portionem consecutus sit, insuper petere possit portionem canonicam ex aliis legatis piis, ut decisum est *c. officii* 14. *hoc tit. Ratio est*, quia quando concurrunt duo debita, quae ex diverso capite, et a diversis relicta sunt, nisi vel is, cui debentur, alterutri debito sponte renuntiarit, vel ex parte relinquentis detur animus compensandi, utrumque debitum peti potest; *l. Titia* 19. *qui Marco* 1. *ff. de annuis legat.* atqui in proposito casu duo concurrunt debita, quae ex diverso debentur capite, et a diversis, nempe legatum ex mente testatoris ab haerede, et portio canonica ex dispositione juris ab ecclesia solvenda: neque dici potest, quod episcopus renuntiarit portioni canonicae, aut ex parte relinquentis datus fuerit animus compensandi: *primum non*; quia renuntiatio est stricti juris, neque sine necessitate est asserenda: *sed neque secundum*; quia cum relinquens non sit debitor episcopi, deberet exprimere adjecta conditione, seu pacto, *ut episcopus contentus sit portione legata.* Cum igitur hoc non fecerit, non censetur legando ipsi portionem ex haereditate, eidem voluisse auferre portionem canonicam.

230

Si secundum contingat, et testator propriam portionem episcopo leget ea conditione, ut illa sola esset contentus, multum interest, an episcopus legatum illud repudiaverit, an vero acceptarit: *si repudiavit*, portionem canonicam jure sibi competentem exigere potest ex omnibus legatis relictis ecclesiae, vel monasterio etc. *Proceditque hoc*, etsi testator prohibuisset eam solvi; quia haec portio debetur episcopo ex dispositione canonis, seu juris communis, cui pactis privatorum derogari non potest. *Si acceptavit* portionem sibi legatam sub ea conditione, ultra id, quod ipsi relictum est, petere amplius nihil potest, ut decisum est *c. officii cit.* et ratio est, quia ita acceptando legatum portioni alias sibi debitae renuntiasse censetur. *Excipitur*, nisi constet, quod testator in fraudem modicum quid pro mortuario, et funeralibus constituerit, ut in ceteris episcopus portione canonica privaretur; nam tali casu ipse nihilominus ex aliis piis relictis portionem a canone constitutam potest exigere; *c. officii cit.* et ratio *ibidem* datur, quia dolus, et fraus alicui patrocinari non debent.

231

Quaeritur 6. cui episcopo debeatur portio canonica ex legato, quod a testatore alterius dioecesis e. g. ratisbonensis relictum est ecclesiae sitae in nostra eystettensi? Respond. deberi episcopo eystettensi non ratisbonensi. Ita aliis *cit.* Barbos. *de offic. episc. alleg.* 86. *n.* 29. *Ratio est*, quia portio canonica praestanda est episcopo, non ratione personae relinquentis, sed ratione jurisdictionis, curae pastoralis, et superioritatis, quae cum respectu ecclesiae sitae in dioecesi eystettensi competat soli episcopo eystettensi, etiam portio canonica huic est solvenda.

TITULUS XXVII.

De successionibus ab intestato.

Hactenus de testamentaria successione. Sequitur de ea, quae ab intestato conceditur. Haec quia ex dispositione legis, justam defuncti voluntatem supplentis, datur, *legitima* appellatur; *l. legitimam* 8. *ff. de haered. petit. et l. ea vero* 3. §. *de illo* 2. *ff. pro socio.*

§. I.

De natura successionis ab intestato, et requisitis.

SUMMARIUM

1 *Definitio successionis ab intestato, et divisio.*
2 *Locus ei est, quando succedi non potest ex testamento.*
3 *Differentia ejus a successione testamentaria.*
4 *Ordo successionis ab intestato.*
5 *Modus computandi gradus in ordine ad successionem in linea recta.*
6 *In linea transversa.*
7 *Forma hujus successionis.*
8 9 *Probanda, ut locus eidem sit.*
10 *Materia, finis, effectus.*

1

Quaeritur 1. quid sit *successio ab intestato*, et quotuplex? Resp. *Est haereditatis legitimae extra casum ultimae voluntatis defuncti acquisitio*; *tot. tit. ff. siquis omiss. caus. testam. etc.* Duplex est; nam alia est successio in stirpes, alia in capita. *Successio in stirpes* illa dicitur, quando non habetur ratio multitudinis, vel paucitatis personarum succedentium, sed stirpis, ex qua descendunt singulae, ita, ut haereditas dividatur, non in personas aequaliter, sed in stirpes; §. *cum filius* 6. *et* §. *fin. inst. de haered. quae ab intestat. Successio in capita*, quando inter ejusdem gradus haeredes secundum numerum personarum viventium haereditas dividitur; *novell.* 118. *c.* 3. *in fin.*

2

Quaeritur 2. quando locus sit successioni legitimae, seu ab intestato? Resp. Locus eidem tum demum est, quando succedi non po-

test ex testamento ; *l. quamdiu* 39. *ff. de acquir. vel amitt. haered. et reg.* 89. *ff. de R. J.* quod multiplici modo fieri potest. 1. Quando defunctus nullum condidit testamentum, vel quia non voluit, vel quia non potuit, quod sc. impeditus fuerit aut facto, quia v. g. morte praeventus est ; aut jure, quia furiosus, impubes, filiusf. aut alius lege, vel canone prohibitus ; *l. intestati* 1. *princ. vers. plane ff. de suis, et legitim. haered.* 2. quando testamentum quidem condidit, sed invalidum, eo quod solemnitates, ad ejus valorem a jure requisitas omiserit; *l. fin. C. fam. herc*isc. 3. Quando testamentum a defuncto confectum validum quidem fuit, sed ruptum, et invalidum factum, v. g. agnatione posthumi praeteriti, capitis diminutione, aut querela inofficiosi proposita. 4. denique quando ex testamento, quod defunctus condidit, nemo haeres, existit eo, quod vel mortuus fuerit ante testatorem, vel haereditatem adire nolit; *princ. cit. et l. intestatus* 64. *ff. de V. S.*

3

Quaeritur 3. in quo differat, et in quo conveniat successio legitima, et testamentaria? Resp. Differt, quod ista fiat voluntate testatoris, illa ex dispositione legis, defectum justae voluntatis supplentis : in ceteris plerisque conveniunt ; nam 1. in utraque succeditur in jus universum defuncti ; *l. haereditas* 62. *ff. de R. J.* 2. utraque fideicommissum relinqui potest; §. *praeterea* 10. *inst. de fideicomm. haered.* 3. ex utraque falcidia detrahitur ; *l. filiusfam.* 18. *ff. ad leg. falcid.* 4. in utraque aditione haereditatis opus est ; *l. si ex pluribus* 9. *ff. de suis, et legitim. haered.* alias haereditas non transmittitur ad transversales haeredes; *l. quoniam* 7. *C. de jur. deliber.*

4

Quaeritur 4. quo ordine succedatur ab intestato? Respond. Ordo iste describitur *novell.* 118. et non obscure approbatur etiam a jure canonico; *can. sacerdotes* 1. *caus.* 12. *qu.* 4. 1. et ante omnes ab intestato succedunt defuncto ejusdem liberi legitimi, aliique ex his praemortuis descendentes ; *novell. cit. cap.* 2. quia ad bona a defuncto relicta vocantur voto ipsorum parentum, quippe qui merito credi possunt, quod relicta a se bona potius velint pertinere ad eos, per quos illorum diuturnitatis memoria in aevum est duratura; *l. liberorum* 220. §. *fin. ff. de V. S.* 2. si liberos legitimos, vel ex his descendentes defunctus nullos reliquerit, succedunt eidem ascendentes; *novell. cit. c.* 2. parentes enim cum liberis eadem pene persona reputantur; §. *quodsi* 4. *vers. ei vero inst. de inutil. stipul.* imo istis succedendo, ad propria sua bona reverti videntur ; *l. successorium* 1. §. *largius* 12. *ff. de success. edict.* 3. deficientibus tam ascen-

dentibus, quam descendentibus, ab intestato succedunt consanguinei ejusdem collaterales; *novell. cit. cap.* 3. 4. si neque ex istis aliquis extet, marito succedit uxor, et vicissim; *l. un. C. unde vir, et uxor etc.* clerico autem, si beneficium aliquod habuit, ecclesia, in qua habuit beneficium; *can. fin. caus.* 12. *q.* 5. *c. sed hoc* 1. *hoc tit. et l. siquis presbyter* 20. *C. de episc. et cleric.* nam ecclesia clerico beneficiato est loco uxoris; *arg. c. inter* 2. *de translat. episc.* 5. et ultimo succedit fiscus, saecularis quidem, si defunctus sit laicus; *l. scire* 1. *et l. vacantia* 4. *C. de bon. vacant.* Ecclesiasticus autem de jure communi, quando defunctus est clericus, et non ministravit in aliqua ecclesia; gloss. *fin. in c. sed hoc cit.* Vivian. *ibid. in ration.* Barbos. *n.* 2. *in fin.* Pirh. *hic n.* 27.

5

Quaeritur 5. quomodo computandi sint gradus in ordine ad successiones in haereditatibus? Resp. distinguendo inter consanguineos lineae rectae, et transversae. *In linea recta* ascendentium, et descendentium in ordine ad successionem eodem modo computantur gradus, quo modo computantur jure canonico in ordine ad matrimonium. Et hinc etiam quoad successiones procedit regula: *Tot sunt gradus in linea recta, quot sunt generationes, et personae, una dempta*, nempe communi stipite, a quo prima origo consanguinitatis inducitur, et numeratio incipit: cons. pater, et filius erunt in primo gradu, avus, et nepos in secundo, proavus, et pronepos in tertio, et sic deinceps.

6

At in linea transversa, vel laterali aliter computantur gradus in ordine ad successiones, quam in ordine ad matrimonium: nam in ordine ad successiones tot censentur esse gradus consanguinitatis, quot sunt personae collaterales: et hinc duo fratres erunt in secundo gradu, patruus, sive patris frater, et nepos ex fratre in tertio, patrueles vero, consobrini, et amitini, seu fratrum, et sororum filii in quarto, et sic de ceteris, prout late describitur *inst. de gradib. cognat.* et refertur *can. ad sedem* 2. *caus.* 35. *q.* 5. ex quo formant aliqui hanc regulam pro cognoscendo gradu consanguinitatis in linea laterali quoad successiones, videlicet: *Tot gradibus in linea transversa unus distat ab altero, quot gradibus uterque distat a communi stipite.* Regulae veritas patebit in allatis exemplis.

7

Quaeritur 6. quae sit forma successionis ab intestato? Resp. forma illius consistit in eo, ut deferatur ab illo, qui intestatus obiit, ad eum, qui ratione consanguinitatis proximus eidem est. *Intestatus* dicitur, qui vel nullum condidit testamentum invalidum, vel si

validum, tale tamen, quo ob rescissionem factam a judice, vel alia ex causa effectum non habuit, prout dictum est *supra n.* 2. Unde, ut locus sit successioni ab intestato, duo requiruntur. 1. ut is, de cujus successione agitur, obierit. 2. ut intestatus obierit.

8

Primum ex istis probari debet ab eo, qui succedere in bona defuncti cupit: quod fieri potest pluribus modis, videlicet per duos testes, et nonnumquam etiam per unicum, si locus sit valde distans; Carpzov. *p.* 1. *const.* 16. *defin.* 38. 2. per attestationem judicis, vel magistratus loci, ubi quis mortuus esse dicitur; Carpzov. *jurispr. consist. l.* 2. *defin.* 168. *n.* 5. 3. per attestatum parochi ex libro mortuali; rota *decis.* 220. *n.* 1. *p.* 2. *divers.* 4. aliquando per famam, et diuturnam absentiam; Carpz. *p.* 3. *const.* 15. *def.* 17.

9

Quoad alterum distinguendi tres casus sunt: vel enim dubitatur, an conditum sit testamentum; vel contra constat conditum esse testamentum, sed dubitatur, an valide; vel denique dubium est tam de condito testamento, quam de jure ejus, qui haeres esse ab intestato cupit. *Si primum*, onus probandi incumbit illi, qui haereditatem ex testamento petit adversus haeredem ab intestato; quia testatum decedere est quid facti, quod probare debet, qui in allegatione ejusdem suam intentionem fundat. Hinc haeres ab intestato successionem sibi a lege delatam retinere eo usque potest, donec probetur in testamento contrarium esse dispositum. *Si secundum*, si ex oculari inspectione testamenti nullum deprehendatur in eo vitium, vitiosum id esse probare debet is, qui illud impugnat; quia in dubio praesumptio est pro valore actus. *Si denique tertium*, nisi unus litigantium in possessione sit, uterque probare debet, volens succedere ex testamento, conditum esse testamentum, et volens succedere ab intestato, se propinquitate sanguinis ad haereditatem vocari; uterque enim se in facto fundat; clariss. P. Schmier *p.* 2. *de success. haered. c.* 1. *a n.* 24.

10

Quaeritur 7. quae sit materia, finis, et effectus successionis ab intestato? Resp. *ad* 1. materia, seu objectum successionis ab intestato est haereditas legitima, quae nempe legitimi juris dispositione obvenit extra casum ultimae voluntatis defuncti; Konig *hic n.* 22.

Ad 2. Finis, ob quem introducta est successio ab intestato, est, ut haereditas intestati iis obveniat, quos propinquitas sanguinis, et naturae conjunctio vocavit; Konig *n.* 26.

Ad 3. Effectus ejus idem est, qui successionis testamentariae, ut patet ex *n.* 3.

§. II.

Qua ratione succedant liberi, et horum descendentes?

SUMMARIUM

11

Primum ante ceteros inter haeredes ab intestato locum obtinent liberi, ut ex *novell.* 118. *c.* 1. dictum est *supra n.* 4. idque sine discrimine sexus, aetatis, status, et conditionis; nam pari jure, spectato jure communi, gaudent tam nati, quam nascituri, tam mares, quam foeminae, tam emancipati, quam sui, tam clerici, et religiosi, quam laici. Hinc quamdiu liberi supersunt, tamdiu alii consanguinei cujuscumque gradus excluduntur a successione. Veniunt autem hic *liberorum* nomine non tantum filii, et filiae, sed etiam alii descendentes, e. g. nepotes, pronepotes; nam etiam isti, exclusis lateralibus, succedunt avo, et aviae, non quidem vivente patre suo, vel matre, sed his praemortuis, non tamen in capita, sed in stirpes, ut infra dicetur *n.* 20.

12

Quaeritur 1. quinam liberi jus praelationis ante alios in successione ab intestato habeant? Resp. liberi legitimi, tales sunt 1. liberi procreati ex matrimonio vere, aut putative justo.

2. Legitimati per subsequens matrimonium; nam isti per omnia aequiparantur legitime natis, ut proinde cum istis succedant aequaliter in bonis parentum non tantum allodialibus, sed probabilius etiam in feudalibus; *arg. c. tanta* 6. *qui fil. legit.* §. *sui autem* 2. *et*

§. *sed ea omnia* 14. *inst. de haered. quae ab intest. l. cum quis* 10. *et auth. seq. C. de natural. liber. novell.* 118. *c.* 1. *cit.* Mynsing. *cent.* 5. *obs.* 42. Gaill. *lib.* 2. *observ.* 141. *n.* 2.

13

3. Legitimati per oblationem curiae principis; nam et hi succedunt aequaliter cum legitimis liberis, sed soli patri; *novell.* 89. *cap.* 3. Addidi *per oblationem curiae principis*; nam legitimati per rescriptum principis, vel per comitem palatinum non succedunt, nisi quando nulli extant liberi justi, et legitimi; *novell.* 89. *c.* 9. quod procedit, spectato jure communi; nam, ut ex Gaillio, et Struvio notat Konig *hic n.* 7. usu fori, et praxi hodierna invaluit, ut legitimati cum filiis ex matrimonio post contracto natis simul succedant.

14

4. Filii adoptivi, seu legitimi tantum; §. *sui autem* 2. *et* §. *sed ea omnia* 14. *inst. de haered. quae ab intestat. et novell.* 118. *c.* 1. *Proceditque hoc*, sive cum sui juris esset, adoptatus, vel arrogatus quis sit ab alio, sive adoptatus sit, dum adhuc erat in potestate patris sui. *Neque refert*, an adoptatus sit ab aliquo extraneo, vel ab aliquo ascendente, e. g. avo paterno, vel materno; nam quomodocumque sit adoptatus, vel arrogatus, succedit patri adoptivo, vel arrogatori instar filii naturalis, et legitimi, ac proinde, si plures ille filios naturales, et legitimos habeat, cum istis in aequales portiones; *l. cum in adoptivis* 10. §. *sed ne* 1. *C. de adoption.* Plura de his legistae.

15

Quaeritur 2. an, et quando succedere ab intestato possint filii illegitimi? Resp. cum distinctione; nam duplicis generis sunt filii illegitimi, videlicet spurii, et naturales tantum. *Spurii* secundum leges dicuntur, qui nati sunt ex meretrice publica, corpus suum passim prostituente; secundum canones autem, qui geniti sunt ex muliere, cum qua nec conceptionis, nec nativitatis prolis, nec etiam intermedio aliquo tempore matrimonium consistere potuit. *Naturales* vocantur ceteri, qui extra matrimonio ex concubina, uxoris loco domi detenta, vel ex alia seducta, soluta tamen, sunt geniti.

16

Jam ii, qui jure canonico spurii appellantur, excluduntur ab omni successione tam materna, quam paterna, licet nulli extent liberi legitimi; *auth. ex complexu C. de incest. et inutil. nupt. et novell.* 89. *cap. ult.* adeo, ut ipsis. si propria industria aut alia via licita vitam conservare possint, etiam alimenta non debeantur, ut habetur textibus *citt.* et dicetur *lib.* 5. *tit.* 16. idque merito, ut vel hac ratione parentum libido refraenetur.

17

Quoad liberos naturales autem distinguendum est: vel enim praeter ipsos nulli adsunt legitimi liberi, vel tales adsunt. *Si primum*, succedunt ab intestato, sed in duabus unciis tantum, inter ipsos, et ipsorum matrem defuncti concubinam, si superstes sit, dividendis; reliquae autem decem unciae obveniunt aliis defuncti agnatis, et cognatis; *auth. licet C. de natural. liber. et novell.* 89. *c.* 12.

18

Si secundum, excluduntur quidem ab haereditate paterna, non tamen a materna; nam ad hanc instar liberorum, a matre sua ex legitimo thoro genitorum, et quidem cum iis aequaliter admittuntur: imo eaedem proles, matre defuncta, non minus, ac aliae proles legitimae, ab intestato succedunt aviae maternae, aliisque per maternam lineam ascendentibus; *l. Modestinus* 8. *ff. unde cognati etc.*

19

Idem dicendum de iis, qui jure tantum civili spurii, seu *vulgo quaesiti* dicuntur, quod sc. ex vaga et promiscua libidine concepti sint; nam etiam isti ad matris, et parentum maternorum successionem una cum legitimis admittuntur, ut aliis *cit.* advertit Konig *hic num.* 7. *Excipitur*, nisi mater illustris sit, et alios liberos ex justo matrimonio procreatos habeat; nam hoc casu spurii ex bonis maternis alendi duntaxat sunt; *l. siquis* 5. §. *ergo* 4. *ff. de agnosc. et alend. liber. l. siqua* 5. *C. ad S. C. orfitianum.*

20

Quaeritur 3. quomodo parentibus succedant liberi? Resp. distinguendo inter liberos primi gradus, quales sunt filii, et filiae, et inter liberos ulteriorum graduum, quales sunt nepotes, et pronepotes; nam etiam hi liberorum nomine veniunt, ut dicitur *l. liberorum* 220. *ff. de V. S.* et notavi *supra n.* 11.

Si omnes, qui succedunt, sunt liberi primi gradus, succedunt in capita, tot sc. aequalibus factis portionibus, quot sunt personae; *auth. in successione C. de suis, et legit. liber.* si vero sint ulterioris gradus, sive soli inter se, sive cum aliis proximioribus concurrant, tantum succedunt in stirpes, ita, ut nepotes defuncti non plus capiant ex haereditate, quam consecutus fuisset pater illorum, si supervixisset, prout statuitur *auth. cit. et novell.* 118. *c.* 1. et quidem merito; cum enim non ex sua, sed ex patris sui persona ad haereditatem avi vocentur, absurdum esset, eos plus capere, quam parens illorum.

21

Ex quo sequitur 1. si ad haereditatem patris capiendam concurrant soli filii, tot esse faciendas portiones, quot sunt filii, qui

debent succedere. *Sequitur* 2. si duo filii concurrant cum tribus nepotibus ex alio fratre suo praemortuo, haereditatem dividendam solum in tres partes aequales, quarum duae cedunt filiis, tertia nepotibus aequaliter inter hos dividenda. *Sequitur* 3. si soli nepotes supersint ex filiis, ex Titio quidem quinque, ex Cajo decem, haereditatem non pro numero nepotum, sed pro numero filiorum, ex quibus illi supersunt, dividendam esse: proinde tantum capient quinque nepotes ex Titio, quantum acquirunt decem ex Cajo. *Neque obstat*, quod tali casu nepotes suo jure succedant; quia, ut cum aliis recte advertit Pirhing *hic num.* 8. non aliter suo jure nepotes succedunt, nisi postquam jure repraesentationis in locum primum, videlicet parentum suorum, juris fictione intrarunt.

22

Quaeritur 4. quomodo parentibus succedant liberi ex diversis nuptiis procreati. Resp. regulariter solum succedere parenti suo, ex quo procreati sunt: adeoque si patrem communem habeant, non vero matrem, succedent omnes in bona paterna; si matrem, in bona materna: bona vero parentis non communis servabuntur duntaxat illis, qui ex eodem progeniti sunt; *leg. foeminae* 3. *et duabus seqq. codic. de secund. nupt. leg. de emancipatis* 13. §. *cum enim* 2. *codic. de legitim. haeredib. novell.* 22. *c.* 25. 26. *et* 29. *et novell.* 84. *c.* 1.

23

Excipitur, nisi intervenerit pactum unionis, sive parificationis prolium, quo bona utriusque matrimonii communicantur, et liberi ex diversis matrimoniis quoad jus successionis, tanquam ex uno matrimonio nati, habentur; nam ejusmodi pactum est validum, in Germania passim receptum, et ab imperiali camera approbatum, ut recte advertit Gaill. *l.* 2. *obs.* 125. *n.* 1. *et* 7. et ex eo Konig *n.* 9. modo fiat cum plena, et exacta cognitione causae, in praesentia amicorum, tutorum, aut curatorum, iisque consentientibus, et accedat authoritas praefecti loci, a quo contractus talis confirmari, et actis publicis insinuari debet; nam quolibet istorum deficiente, non subsistit, teste eodem Gaill. *l. cit. n.* 7.

24

Quaeritur 5. an jure repraesentationis gaudeant etiam pronepotes et abnepotes etc. Resp. affirmative. Ita communis contra Bartol. et alios, qui hoc jus adimunt abnepotibus. Sumitur ex *novell.* 118. *cit.* quae repraesentationem absolute concedit in descendentibus, nec eam restringit ad certum gradum. Hinc si fideicommissum devolvatur ad nepotem, tanquam proximiorem, et hic moriatur superstitibus pronepotibus, et abnepotibus defuncti testatoris fideicommissum instituentis, tunc abnepotes una cum pronepotibus acquirunt fidei-

commissum, in locum suorum parentum, quos repraesentant. Vide Haunold. *tom.* 1. *tract.* 5. *a num.* 406.

25

Quaeritur 6. an siquis repudiavit haereditatem, ejus filius jure repraesentationis adhuc possit succedere? Affirmativa videtur colligi ex *l. defunctis* 6. *C. de legit. haeredib.* ubi dicitur suis extantibus haeredibus, et abstinentibus, vel repudiantibus haereditatem, jure consanguinitatis succedere posse fratrem defuncti. Sed etsi hoc casu jure consanguinitatis succedant agnati, et cognati proximi, et cons. etiam nepotes defuncti ex filio repudiante haereditatem, non tamen sequitur, quod succedant jure repraesentationis. Sumitur ex *l. intestati* 1. §. *sciendum* 8. *ff. de suis, et legit. haered.* Ratio est, quia si principalis nolit adire haereditatem, non apparet, quomodo alius ipsius nomine, eumque repraesentando illam adire possit. Succedet ergo hoc casu repudiantis filius tunc solum, cum repudiantis fratres fuerint mortui, et tunc quidem non jure repraesentationis, sed proprio majoris propinquitatis.

§. III.

Qua ratione ab intestato succedant ascendentes?

SUMMARIUM

26 *Post liberos succedunt ascendentes.*
27 *Primi gradus aequaliter.*
28 *Ulteriorum in stirpes.*
29 *Concurrunt cum iis fratres utriusque conjuncti.*
30 *Non tamen ascendentes gradu remotiores.*
31 32 *An cum ascendentibus ad haereditatem ab intestato admittantur etiam liberi fratris praemortui?*
33 *An nepotes?*
34 *An filiis illegitimis illorum parentes succedant?*
35 *Quid circa haec fiat in praxi?*

26

Si defunctus post se nullos reliquit liberos, seu filios, nepotes etc. ab intestato succedunt ascendentes utriusque sexus, nim. pater, et mater, avus, et avia, proavus, et proavia etc. servata tamen graduum praerogativa, ita, ut proximiores gradu excludant eos, qui remotiores ab ipsis sunt; *novell.* 118. *cap.* 2. *Proceditque hoc* 1. etsi defunctus jam fuerit emancipatus; *novell. cit. et l. leg.* 14. *C. de legitim. haered. Procedit* 2. etsi fuerit illegitimus naturalis, dummodo saltem rescripto principis fuerit legitimatus; *novell.* 89. *c.* 13. *Procedit* 3. licet fuerit posthumus, ut cum card. de Lugo advertit Haun. *tom.* 1. *de J. et J. tr.* 5. *n.* 460. Atque hinc, si patre jam mortuo nascatur filius, et hic quoque moriatur, mater ei superstes succedet in omnibus bonis patris: e contra si moriatur mater in puerperio, filius vivus natus ei succedit, et si ipse quoque moriatur, transfert ad patrem superstitem omnia bona materna. His positis

27

Quaeritur 1. qua ratione succedant ascendentes, quando ordo illorum est simplex, seu talis, ut praeter ipsos nullus alius jus succedendi habeat? Resp. hoc casu multum referre, an ascendentes, qui succedere debent, sint ejusdem gradus, ut pater et mater, avus, et avia, an gradu dispares, ut pater, et avus: item quoti sint gradus.

Nam 1. succedunt ascendentes primi gradus, pater, et mater, si sint superstites, et quidem aequaliter in bona acquisita filii, undecumque illa provenerint, sive a patre, sive a matre, sive aliunde, prout contra Bartolum cum aliis notat Mynsing. *cent.* 6. *obs.*

55. *num.* 3. *et seqq.* et confirmat ex *novell.* 118. *c.* 2. ubi imperator generaliter, et indistincte vult haereditatem filii sine liberis mortui inter parentes ex aequo dividendam.

28

2. Si tam pater, quam mater defuncti praemortui fuerint, succedunt utrinque avi, et aviae, qui in aequali gradu defuncto conjuncti sunt, non tamen in capita, sed in stirpes, ita, ut unam medietatem haereditatis accipiant ascendentes a patre, alteram ascendentes a matre, sive plures fuerint, sive unus; *novell. cit. cap.* 2.

3. Si adsint ascendentes gradu dispares, e. g. pater defuncti cum avo, vel avia ejusdem materna, aut vicissim mater cum avo, et avia paterna, succedit propinquior, et excludit remotiorem; *auth. defuncto et novell. cit. c.* 2. quia, ut ibi advertit glossa *V. proximi*, in ascendentibus repraesentationis locus non est, sicut in descendentibus: unde licet isti mixtim succedant, et remotiores cum propinquioribus, non tamen illi.

29

Quaeritur 2. utrum in totam haereditatem succedant ascendentes, si praeter ipsos supersint fratres, et sorores defuncti, et cons. sit ordo mixtus? Resp. cum distinctione: vel enim fratres isti, aut sorores solum sunt ex una parte conjuncti defuncto, vel tam ex patre, quam ex matre, cons. germani.

Si primum, hi a superstitibus parentibus defuncti excluduntur. *Si secundum*, cum iisdem succedunt, et quidem in capita, seu aequaliter, ita ut si defunctus praeter suum patrem, et matrem habeat fratrem unum germanum, et sororem, ejus bona dividenda sint in quatuor partes aequales pro numero personarum succedentium. Patet ex *novell.* 118. *c.* 2. *vers. si vero*, ubi imperator concursum hunc cum defuncti ascendentibus indulget expresse fratribus, et sororibus defuncti germanis: cons. indultum istud ad fratres, et sorores ex una tantum parte conjunctos extendi non debet.

30

Parum autem refert, quales sint ascendentes defuncti, an pater, vel mater, avus, vel avia etc. semper enim fratres, et sorores germanae defuncti concurrunt cum proximioribus, exclusis remotioribus, ut docet gloss. *in auth. defuncto cit. V. proximis.* Et hinc quando *in auth. et novell.* 118. *c.* 2. *vers. si vero* dicitur, quod fratres utrinque conjuncti vocentur cum ascendentibus gradu proximis, intelligendum est de gradu proximis non absolute, sed qui superstites sunt.

31

Quaeritur 3. an cum ascendentibus ad haereditatem ab intestato admittantur etiam liberi fratris, aut sororis praemortuae? Resp. iterum distinguendo: vel enim praeter illos cum ascendentibus concurrit adhuc alius frater, aut soror defuncto utrimque conjuncta, vel praemortuis fratribus et sororibus, adsunt tantum illorum filii, aut filiae.

Si primum, etiam ipsi ad haereditatem patrui admittuntur, et jure repraesentationis succedunt ad stirpes, h. e. ut eam haereditatis partem accipiant, quam habuisset pater illorum, si is supervixisset, prout expresse statutum est *novell.* 127. *c.* 2. qua derogatum est *novell.* 118. *c.* 3. ubi a successione removebantur.

32

Si secundum, major est controversia. Affirmant Haun. *tom.* 1. *de J. et J. tr.* 5. *n.* 478. Konig *hic n.* 13. et plures alii ab his *cit.* et colligunt hoc ex *novell.* 127. *cit.* quae fratrum filios indifferenter cum ascendentibus admittit ad successionem patrui. Verum ex hac *novella* non multum probatur: expresse enim solum agit de casu, quo fratris, vel sororis defunctae liberi concurrunt cum fratre, aut sorore defuncti: et hinc quia correctoria est *novell.* 118. eo casu extendi non debet ad casum, quo omnibus fratribus, et sororibus praemortuis, soli istorum liberi cum ascendentibus de haereditate certant. Quare probabilius Perez *in C. ad S. C. tertull. n.* 8. cum aliis putat, eo casu, exclusis liberis fratrum, et sororum, ad patrui defuncti haereditatem admitti solum avum, et aviam, vel alios ascendentes.

33

Quaeritur 4. an privilegium, quod per *novell.* 127. *cit.* concessum est filiis fratrum utrinque conjunctorum, extendatur etiam ad nepotes fratris utrinque conjuncti praemortui? Resp. negative: sed hujusmodi nepotes, et pronepotes per parentes, et fratres ipsius defuncti excluduntur, ut colligitur ex rubrica *novella cit.* qua statuitur, *ut fratrum filii succedant pariter ad imitationem fratrum, etiam ascendentibus extantibus*, neque fit mentio nepotum, aut pronepotum: accedit, quia in his ratio cessat, quae pugnat in filiis praemortui: nam isti ad haereditatem admittuntur jure repraesentationis, quia repraesentant patrem, et cons. fratrem demortui, atqui jus repraesentationis ultra fratrum filios in linea collaterali locum non habet; *auth. post fratres, fratrumque filios. cod. de legit. haered.* ergo etc.

34

Quaeritur 3. an liberis suis praemortuis ab intestato etiam succedant parentes eorum illegitimi? Resp. Succedunt eo modo, et casu liberis, quo isti iisdem succedunt, si praemoriantur intestati. Hinc in spuriis, seu ex damnato coitu procreatis nulla parentum successio est; quia neque spurii parentibus ab intestato succedunt, ut dictum est *n.* 16. Naturalium haereditas primo devolvitur ad eorum liberos: si vero sine liberis decessere, et mater sola superstes sit, ipsa filii sui naturalis haeres erit ex asse: si una superstes sit pater, iste succedet in duas uncias, reliquae autem decem unciae devolventur ad matrem; §. *fin. inst. ad S. C. orfitian.* junct. *auth. licet C. de natural. liber.* Si cum matre superstes sit frater naturalis ex eadem matre, eodemque patre procreatus, iste cum matre fratri suo defuncto succedet aequaliter, ut *arg. auth. defuncto C. ad S. C. tertull.* vult Salycet. *ibid. n.* 5. Haunold. *tom.* 1. *tr.* 5. *num.* 483. Vviest. *hic n.* 12. quia talis frater, licet non sit legitimus, quoad hunc tamen successionis effectum germanus censetur.

35

Haec omnia ita se habent de jure communi. Praeter hoc spectanda sunt etiam statuta particularia, et consuetudo cujuslibet loci; nam ut Perez *l. cit. n.* 9. advertit, in multis locis receptum est, ut soli parentes liberis succedant, exclusis fratribus, et sororibus, multoque magis reliquis conjunctis ex transverso. Pariter in plerisque locis receptum est, ut bona paterna transeant ad lineam paternam, materna ad maternam. E contrario in quibusdam locis (ut in Austria) ascendentes nullo modo succedunt descendentibus, prout aliis *cit.* notat Konig *hic n.* 13. qui tamen monet, hujusmodi statutum, vel consuetudinem limitandam esse, ne aliquando per eam excludantur a successione parentes pauperes, et in hac posthabeantur consanguineis collateralibus; nam illis potius, quam istis succurrendum suadet pietas parentibus debita.

§. IV.

Qua ratione ab intestato succedant consanguinei collaterales ?

SUMMARIUM

36

Si haeredes ascendentes, et descendentes demortuus nullos reliquerit. 1. Et ante ceteros ad haereditatem admittuntur fratres, et sorores defuncti germani, horumque liberi, exclusis fratribus, et sororibus consanguineis, et uterinis; *auth. cessante C. de legit. haered. auth. itaque communia de success. et novell.* 118. *c.* 3. *Ratio est*, quia cum fratres germani duplici vinculo, agnationis per patrem, et cognationis per matrem defuncto conjuncti sint, merito aliis fratribus in successione praeferuntur; duo enim vincula fortius ligant, quam unum. 2. Fratribus, aut sororibus germanis, seu ex utraque parte conjunctis non extantibus, ad haereditatem vocandi sunt fratres consanguinei, et uterini, horumque liberi, exclusis omnibus aliis collateralibus; *auth. post fratres C. de legit. haered. novell.* 118. *c.* 3. *vers. his autem existentibus.* Si neque istorum aliqui, vel liberi illorum adsint, succedunt reliqui consanguinei gradu propinquiores, exclusis remotioribus, usque ad decimum gradum, vel etiam ultra; *auth. post fratres cit. et novell.* 118. *c.* 3. *in fin. et c.* 4. His positis

37

Quaeritur 1. quomodo defuncto succedant fratres, vel sorores ejusdem germani, et horum liberi? Resp. distinguendo inter tres casus. Nam 1. si soli fratres haeredes sint, succedunt in capita, et aequaliter, ita, ut in tot partes dividenda haereditas sit, quot intestatus reliquit fratres; *auth. itaque C. communia de succession. et novell.* 118. *c.* 3.

38

2. Si praeter fratres germanos adsint liberi ab aliquo defuncti fratre, vel sorore germana praemortua relicti, illi succedunt in capita, isti in stirpes, ita ut iis tantum obveniat pars illa, quae patri ipsorum, si superviveret, obtigisset; *auth. cessante C. de legit. haered. auth. itaque cit. novell.* 118. *c.* 3. *Neque obest*, quod gradu remotiores sint fratribus defuncti; quia repraesentat patris sui praemortui personam, et ideo fictione juris in eodem gradu censentur cum fratribus, et sororibus superstitibus defuncti. Hoc tamen jus repraesentationis, et fictio ultra fratrum, et sororum filios et filias, ut *n.* 33. monui non extenditur: cons. si ex aliquo fratre praemortuo supersint nepotes, et pronepotes, a ceteris fratribus, et fratrum liberis excluduntur, prout recte notat Pirh. *hic n.* 18.

39

3. Si denique soli extant filii fratrum utrimque conjunctorum, ipsis praemortuis, succedunt illi, exclusis agnatis, et cognais, quamvis in eodem gradu secum extantibus, prout habetur *auth. post fratres cit. et nov.* 118. *c.* 3. Nec immerito; quia frater defuncti, si superstes esset, eos excluderet: ergo etiam ejusdem filius, utpote qui fictione juris subintrat in locum patris. De modo quo in bonis patrui succedunt hujusmodi filii fratrum praemortuorum, controversia est inter DD. Accursius, Bartolus, et alii eorum sectatores contendunt illos succedere in stirpes. Communior docet eos succedere in capita, et sic constitutum est a Carolo V. *in comitiis spirensibus anno* 1529. *tit. Kayserliche constitution, und sazung, vvie brider-oder schvvester, hinder etc.* quod confirmat etiam ratio; quia quando filii diversorum fratrum soli succedunt, tunc non repraesentant personam patrum suorum, sed proprio conjunctionis jure, sive ex propria persona ad haereditatem patrui vocantur: ergo cum illi sint aequaliter conjuncti, etiam aequales accipere debent haereditatis partes.

40

Quaeritur 2. quomodo defuncto succedant fratres et sorores ejusdem consanguinei, et uterini? Resp. distinguendo: vel enim omnes sunt fratres consanguinei, vel omnes uterini, vel partim sunt consanguinei, partim uterini. *Si omnes sunt consanguinei*, omnes succedunt aequaliter in bona defuncti, undecunque illa provenerint. Idem dicendum, *quando omnes sunt uterini.*

Si partim sint consanguinei, *partim uterini*, non conveniunt DD. Communis sententia distinguit inter bona paterna, et aliunde acquisita defuncto. *In bona paterna* juxta illam succedunt soli fratres consanguinei, *in materna* soli uterini, *in aliunde acquisita*, utrique aequaliter. Sumunt hoc ex *l. de emancipatis* 13. *C. de legit. haered.* ibi

exceptis maternis rebus, in quibus, si de eadem matre fratres, vel sorores sint, eos solos vocari oportet.

41

Verum non minus probabilis est sententia, quae sine distinctione fratres tam consanguineos, quam uterinos ad fratris sui defuncti haereditatem vocat. Ita Fach. *l.* 6. *contr. c.* 5. Haun. *to.* 1. *tr.* 5. *a n.* 415. Konig *hic n.* 17. P. Schm. *p.* 2. *de succes. haered. c.* 2. *n.* 92. aliique non pauci, et non ignobiles DD. quod probant 1. ex *nov.* 118. *c.* 3. *ver. his autem non existentibus*, ubi fratres ex uno tantum parente conjuncti, sive per patrem, sive per matrem conjuncti sint, aequaliter vocantur ad haereditatem defuncti, neque fit discrimen bonorum, unde illa provenerint. 2. Quia postquam bona pervenerunt ad filios, desinunt esse paterna, vel materna, et efficiuntur bona fratris; ad bona autem fratris admittuntur fratres consanguinei, et uterini aequaliter. 3. Ex adversariorum sententia sequeretur, quod consanguinei etiam cum germanis deberent admitti in bonis paternis, et uterini in bonis maternis, quos tamen constat a germanis penitus excludi.

Ad textum in contrarium allegatum expedita responsio est; dici enim potest cum P. Konig. *l. cit.* legem illam per *novel. cit.* correctam fuisse.

42

Quaeritur 3. quomodo defuncto succedant liberi relicti a fratribus, et sororibus consanguineis, et uterinis? Resp. cum distinctione: vel enim ipsi soli haereditatem prensant, vel praeter ipsos supersunt adhuc aliqui fratres, vel sorores defuncti. *Si primum*, ipsi patruo defuncto succedunt in capita, ut recte Pirh. *hic n.* 22. *in fin.* Konig *n.* 17. *Ratio est*, quia tunc succedunt, non jure repraesentationis, sed proprio agnationis, vel cognationis.

43

Si secundum, videndum est, an fratres illi, vel sorores superstites defuncto sint conjuncti utrinque, an ex una duntaxat parte. *Si utrinque conjuncti sint*, liberi fratrum non germanorum superstites ad haereditatem patrui sui jus nullum habent, quia neque illorum parentes jus aliquod habent, ut dictum est *supra n.* 36. *Si conjuncti sint ex una duntaxat parte*, liberi fratrum non germanorum superstites succedunt in stirpes juxta *auth. post fratres cit.* Mol. *D.* 164. *conc.* 5. Pirh. *hic n.* 22. Konig *n.* 16.

44

Non improbabiliter tamen Zoes. *ff. de suis, et legit. haer. n.* 38. hoc casu liberos fratrum non germanorum superstites, tanquam remotiores, omnino excludit, et totam haereditatem tribuit fratribus non germanis defuncti. Hinc disparitatem assignat inter fratrum germa-

norum liberos, et inter liberos fratrum non germanorum ; quia priores ideo cum superstitibus fratribus defuncti germanis succedunt, quod jus repraesentationis eos in pari cum illis gradu fictione juris constituat: hoc autem jus repraesentationis locum non habet in iis, qui ex una solum parte conjuncti sunt, ut ipse quidem existimat colligi posse ex *novel.* 127. *c.* 2. quae solum de fratribus utrinque conjunctis loquitur.

45

Quaeritur 4. an, et quod jus succedendi competat fratribus legitimis tantum, item illegitimis, et legitimatis.

Ad 1. Fratres legitimi tantum, si transeant in potestatem patris adoptantis, vel arrogantis, et ipsi sibi invicem succedunt, nisi ante mortem fratris adoptivi praecesserit emancipatio; *l. post consanguineos* 2. §. *parvi autem* 3. *ff. de suis, et legit. haered. et l. cum in adoptivis* 10. §. *sed ne* 1. *et* §. *fin. C. de adoption.*

46

Ad 2. distinguendum est, an solum habeant communem patrem an vero matrem communem. *Si primum,* nec sibi invicem, nec aliis succedunt; Stryck *de succes. ab intest. disser.* 2. *cap.* 1. §. 35. claris. P. Schm. *p.* 2. *de succes. haered. cap.* 2. *n.* 95. *Ratio est*, quia nec agnati sunt, nec cognati: non agnati, quia agnatio ex solis justis nuptiis oritur; §. *si adversus ea* 12. *inst. de nupt.* §. *vulgo quaesitos* 4. *inst de succes. cognat. l. si spurius* 4. *ff. unde cognati*: non cognati; quia cognatio per matrem contrahitur; quae hic diversa ponitur; §. *vulgo quaesitos cit. Si secundum*, modo germani fratres legitimi non adsint, tum sibi invicem, tum cognatis per matrem succedunt; Stryc. *l. cit.* §. 36. P. Schm. *n.* 97. *Ratio est*, quia jus cognationis per matrem, quae certa est, assequuntur. Estque in his perinde, sive ex eodem patre sive ex diverso sint geniti; nam ex eodem patre geniti, cum ob defectum patris legalis appellari germani nequeant, *l. si spurius cit.* prae natis ex diverso patre quoad successionem in bona a fratre illegitimo relicta praerogativam non habent.

47

Ad 3. iterum distinguendum est, an legitimati sint per subsequens matrimonium, an per rescriptum principis. *Si prius*, succedunt fratribus suis etiam legitime natis; quia per omnia pro legitimis reputantur, ut declarabitur ex instituto; *lib.* 4. *t. qui fil. legit. Si posterius*, sibi invicem quidem succedunt, non tamen fratribus legitime natis, nisi legitimati fuerint, antequam illi in rerum natura extiterint, vel alii fratres legitimi non extent; Stryc. *l. cit.* §. 40. *et seq.* Schm. *n.* 98.

48

Quaeritur 5. quomodo defuncto succedant celeri consanguinei laterales? Resp. Circa horum successionem sequentia notanda sunt.

1. Succedunt semper propinquiores, exclusis remotioribus : et quidem non in stirpes, sed in capita, si plures existant ejusdem gradus, ita, ut aequaliter inter ipsos secundum numerum personarum dividatur haereditas; quia in talibus sola cognatio, et propinquitas spectatur ; *auth. post fratres cit. et novel.* 118. *c.* 3. *et* 4.

49

2. Succedunt, solo graduum facto discrimine, non vero sexus, aut cognationis, vel agnationis: neque refert, utrum ex una solum parte, vel ex utraque conjuncti sint; nam si e. g. Titius ab intestato mortuus, aliis haeredibus propinquioribus non extantibus, duos reliquit patruos, unum patri ejus conjunctum ex utraque, alterum ex una duntaxat parte, non minus succedet iste, quam ille, et quidem in omnibus bonis, sive materna illa sint, sive paterna.

50

3. In horum successione locum non habet jus repraesentationis; quia hoc jus *cit. nov. c.* 3. §. *hujusmodi* conceditur solis fratrum filiis, non vero eorum nepotibus, vel aliis collateralibus; ut jam supra est dictum. Hinc si defunctus habuerit duos patruos, et unus horum mortuus reliquerit filios, hi cum altero patruo mortuo non succedunt.

51

4. Succedere possunt ab intestato usque ad gradum 10. secundum computationem civilem, ut tradit glos. *in auth. in successione C. de suis, et legit. haered.* vel ut complures DD. volunt, etiam ultra decimum gradum in infinitum, quam suam doctrinam colligunt ex *l. vacantia* 4. *C. de bon. vacant. et nov.* 118. *cap.* 3. §. *fin. et c.* 4. ubi omnes agnati, et cognati ad haereditatem vocantur secundum gradus praerogativam, nulla facta restrictione ad certum gradum.

§. V.

Quomodo ab intestato succedat uxor, ecclesia, fiscus, et alii etc.

SUMMARIUM

52

Quaeritur 1 quando in bona mariti sui succedat uxor, et vicissim uxori maritus? Resp. Conjuges, secluso pacto dotali, consuetudine, et statuto, de jure communi sibi invicem non succedunt ab intestato, nisi cum defuerit omnis alia parentum, liberorum, et propinquorum, seu collateralium consanguineorum naturalis, vel legitima successio; tunc enim praefertur conjux fisco, et omnia conjugis bona, de quibus disponere poterat, et non disposuit, eidem cedunt; *l. un. ff. unde vir, et uxor etc. et l. un. C. eod.*

53

Ad quod tamen duo requiruntur. 1. Ut inter illos fuerit verum, et legitimum matrimonium, etsi non consummatum; quia *nuptias non concubitus, sed consensus facit*, ut Ulpianus *l. nuptias* 30. *ff. de R. J.* notat. 2. Ut tempore mortis cohabitaverit marito suo; nam si divortium inter conjuges intercesserit, successio ista locum non habet: cujus ratio est, quia causa hujus successionis est individua conjunctio, et societas maris, et foeminae, qua cessante, necessarium est, ut etiam vocatio ad successionem cesset; *arg. c. cessante* 60. *de appellat. Excipiunt* aliqui cum Zoes. *ff. unde vir, et uxor etc. n.* 3. si conjux superestes non dedit causam separationis, ac divortii; tunc enim putant jus successionis eidem non denegandum.

54

Dixi, *nisi cum defecerit omnis alia liberorum etc. successio*: quod intelligendum est, si uxor habeat aliunde, quo vitam sustentet; nam si pauper illa sit, et nec dotem, nec aliunde habeat, ex quo vivat, etiam liberis existentibus, cum iisdem, si non sint plu-

res, quam tres, succedit in quartam partem bonorum mariti: si vero sint plures, in partem virilem, *in einen Kindts-Theil.*

55

Ubi tamen iterum tria sunt advertenda. 1. Quod portio haec matris, seu quarta non possit excedere 100. libras auri (libra auri conficit 72. solidos juxta *l. quotiescunque* 5. *C. de susceptor.*) plus enim, quam 100. libras accipere non potest. 2. Quod istius quartae portionis solus ususfructus ad uxorem spectet, proprietate servata liberis, siqui extiterint; his autem deficientibus, etiam dominio istius portionis potietur, ut recte Konig. *hic n.* 19. 3. Quod in hanc portionem, seu quartam computari debeat etiam id, quod uxori a marito relictum, vel donatum est: quae omnia habentur *auth. praeterea C. unde vir, et uxor etc. nov.* 53. *c.* 6. *et novell.* 117. *c.* 5

56

Quaeritur 2. quando, et in quibus bonis clerico succedat ecclesia, cui servivit? Resp. distinguendo inter bona, quae clericus obtinere potest; nam ut vidimus *supra tit.* 25. *n.* 1. haec triplicis generis sunt, videlicet patrimonialia, quasi patrimonialia, et ecclesiastica. *In bonis patrimonialibus, et quasi patrimonialibus* non succedit ecclesia, nisi quando clericus nullos alios haeredes reliquit, qui ad ipsius haereditatem vocentur; *c. sed hoc* 1. *h. tit. in bonis ecclesiasticis* facienda est distinctio; possidere enim clericus potest bona ecclesiastica immobilia, et mobilia. *In bonis ecclesiasticis primi generis* certi, et expediti juris est, quod nec testamentariae, nec legitimae successioni sit locus, cum ea sint ipsius ecclesiae, non clerici, ac proinde extra ipsius defuncti bona, et haereditatem. *In bonis secundi generis*, seu ex reditibus beneficii acquisitis, et congruae sustentationi superfluis, de jure communi ita succedit ecclesia, ut excludat etiam haeredes legitimos defuncti, ut habetur *c. investigandum* 1. *et c. fin. de pecul. cleric. c. cum in officiis* 7. *et c. relatum* 11. *de testam.*

57

Dubitatur, quomodo distribui debeant hujusmodi bona, quae ecclesiae ex reditibus ecclesiasticis a defuncto relictis cedunt? Resp. Hic videndum est, qualis persona defunctus fuerit: nam si defunctus canonicus fuit in collegiata, vel cathedrali ecclesia, distribuuntur inter singulos cononicos, vel alios simplices praebendarios, aut si ita visum fuerit, in massa communi pro futuris necessitatibus asservari possunt; *cap. relatum* 12. *de testam.* Si vero defunctus fuit episcopus, parochus, vel alius similis, et bona, sive reditus a col-

legio separatos possedit, bona beneficialia a defuncto relicta cedunt ejus in ecclesia, vel beneficio successori, cum obligatione tamen, ut illa distribuat in usus pios; *c. relatum cit. de offic. ordin. in* 6. Vall. *hic n.* 6. Engl. *n.* 23. Vviest. *n.* 21.

58

Quaeritur 3. quibus casibus bona beneficialia relicta a clerico ad ecclesiam non deferantur? Resp. tres dari casus posse. 1. Ubi est jus spolii; nam ubi hoc viget, bona illa cedunt camerae apostolicae per constitutiones Julii III. Pauli III. et IV. et V. et Gregorii VIII. in iis vero provinciis, in quibus constitutiones istae receptae non sunt, prout receptae non sunt in Lusitantia, Gallia, et Germania, ab episcopis, aliisque collatoribus vindicari solent. 2. Ubi aliud obtentum est privilegio apostolico; nam hoc obtineri potest, ut talia bona cedant non ecclesiae, sed praelato, vel rectori ecclesiae, aut alii personae ecclesiasticae, imo etiam personae saeculari, cum pontifex administrationem redituum ecclesiasticorum habeat. 3. Ubi contrarium inductum est per consuetudinem legitime praescriptam.

59

Dubium est, an ejusmodi consuetudo induci possit, ut consanguinei etiam in bonis beneficialibus ab intestato succedant clericis? Negant complures cum Navarr. *de reditib. eccl. q.* 3. *monit.* 11. *n.* 3. et aliis *tit. praec. n.* 84. *cit.* qui proinde, sicut ibi ut corruptelam reprobant consuetudinem libere testandi de bonis beficialibus, ita non meliorem judicant consuetudinem succedendi ab intestato: utrumque probant iisdem fere argumentis. Sed cum istis responsum satis ibidem sit, idcirco dicendum, ubi consuetudo legitime praescripta id permittit, etiam in bonis beneficialibus relictis a clerico consanguineos ejusdem ab intestato posse succedere. In probationem servient argumenta *tit. cit. n.* 85. allata, et ipsa etiam praxis; nam, ut testis est Covar. *in cap.* 7. *de testam. n.* 27. Barb. *in l. divortio ff. solut. matr. p.* 2. *n.* 63. Oliva *de foro eccl. p.* 2. *n.*30. *q.* 1. hujusmodi consuetudo in Gallia, regno Castellae, et alibi defacto viget.

60

Quaeritur 4. quando laico, vel clerico succedat fiscus? Resp. Tum demum succedit fiscus, quando nullus alius est, qui ab intestato succedendi jus habeat; tum enim fiscus sibi bona defuncti, tanquam vacantia, vindicat, saecularis quidem, si defectus sit laicus, ecclesiasticus autem de jure communi, si defunctus sit clericus, ut dictum est *n.* 4. antequam autem fiscus ad se bona haec trahat, prius proclamationem publicam debet facere, qua denuntietur, ut

siquis putet defuncti haereditatem sibi deberi, compareat; nam si intra tempus praefixum compareat aliquis, et jus suum legitime probet, huic, non fisco adjudicanda haereditas erit.

61

Addidi *ecclesiasticus de jure communi*; nam huic juri ecclesiae, ut bene advertit P. Vviest. *hic n.* 19. in multis provinciis derogatum est, in quibus bona patrimonialia clericorum, si intestati, et absque consanguineis decessere, apprehendit fiscus saecularis, excluso ecclesiastico: quae consuetudo, cum ecclesia acquiescente introducta sit, tolerari debet, modo bona, a clerico ecclesiae intuitu acquisita, ab illo intacta maneant.

62

Quaeritur 5. quis succedat peregrino, si iste sine testamento in hospitali obeat? Resp. De peregrinis *auth. omnes peregrini C. communia de succession.* constitutum est, ut si intestati decesserint, bona ipsorum per manus episcopi loci, si fieri potest, haeredibus tradantur, vel in pias causas erogentur: si vero hospes aliquid ex talium bonis acceperit, episcopo jubetur restituere triplum, quibus ei visum fuerit, assignandum.

§. VI.

Da haeredibus novitiorum, et professorum intestatorum.

SUMMARIUM

63

Quaeritur 1. ad quem pertineant bona relicta a novitio ordinis religiosi ante professionem demortuo? Resp. Si dispositionem de illis aliquam fecit, extra dubium est, ea pertinere ad illum, in quem illa testamento, donatione, aut cessione alia transtulit, sive deinde transtulerit in monasterium ipsum, sive in alium vel alios; quia liberrimam de suis bonis testandi, et disponendi facultatem habet.

64

Controversia est, quis ei succedat, si ille decedat, nullo testamento condito, vel alia dispositione facta? Clarus §. *testamentum q.* 28. *n.* 6. Decius *in cap. in praesentia* 8. *de probat. n.* 73. et alii ejus bona addicunt monasterio, exclusis haeredibus ab intestato venientibus. Rationem dant, quia novitius ipso religionis ingressu, et perseverantia in illa usque ad obitum personam suam et cons. etiam bona sua censetur tacite, et ipso facto monasterio dedicasse, prout non obscure innuitur *auth. ingressi C. de ss. eccl.* atqui taciti et ex-

pressi eadem vis est, idemque judicium; *l. cum quid* 3. *ff. si cert. petat.* ergo sicut, si expresse se, suaque bona dedicasset monasterio, excluderentur consanguinei, ita etiam excludentur, si tacite per ingressum, et perseverantiam in religione. *Conf.* novitius, quamdiu a religione non recedit, persona ecclesiastica, et religiosa reputatur ac professorum instar privilegiis canonis, et fori defenditur. Igitur aequum erit, ut sicut professorum, ita etiam ipsius sine testamento mortui bona monasterio cedant.

65

Verum his non obstantibus, dicendum, eo casu novitii defuncti bona, non ad monasterium, sed ad consanguineos ejusdem, qui ab intestato veniunt, pertinere. Ita Gutier. *l.* 2. *qq. canon. cap.* 1. *n.* 101. Molin. *tr.* 2. *J. et J. D.* 140. *n.* 2. Sanch. *l.* 7. *mor. cap.* 3. *n.* 92. Pal. *tr.* 16. *D.* 1. *p.* 16. *n.* 2. et apud hos Abbas, Berojus, Navar. Suar. et plurimi alii. *Ratio est*, quia bona novitii ad monasterium transferuntur vel professione religiosa, vel ultima ipsius voluntate, aut dispositione alia valida. Atqui ponitur nondum fuisse professus, et ponitur etiam, quod nullam adhuc fecerit validam dispositionem de illis: ergo etc. *Proceditque hoc,* ut tali casu monasterium ne quidem legitimam consequatur; quia nuspiam jure expressum est, quod monasterium novitio sit loco filii. Imo, seclusa praevia conventione, monasterium ne quidem alimentorum expensas potest petere; quia ne hoc quidem jure cautum est, et caveri etiam non expediebat, ne per obligationem eas refundendi adimeretur, vel minueretur libertas ad saeculum redeundi.

66

Neque multum urget adducta ratio in contrarium; quia novitius per ingressum in religionem, et habitus susceptionem personam suam religioni non tradidit absolute, sed ad probationem tantummodo. *Neque refert*, quod ad mortem usque perseveraverit; quia mors non habet vim efficiendi religiosum ex novitio; et cons. etiam vim non habet faciendi, ut traditio ad probationem fiat absoluta sui, et suorum bonorum traditione, sicque excludendi haeredes venientes ab intestato. *Ad Conf.* privilegium canonis, et fori competere etiam illi potest, qui religiosus, et clericus non est actu, neque confert monasterio jus novitii personam, et bona retinendi.

67

Quaeritur 2. quis professo succedat in bonis, si is ante professionem suam de iisdem non disposuit? Resp. cum distinctione: vel enim religio, in qua professionem edidit, successionis est incapax, vel contra illius capax.

Si primum, omnia illius bona, professione facta, statim devolvuntur ad haeredes illius ab intestato, perinde, acsi morte naturali fuisset defunctus, ut communis omnium sensus, et certa doctrina est. *Ratio est*, quia religiosus emittendo professionem se spoliat omni dominio, et possessione. Igitur ne bona illius domino careant, ad alium transire debent: non transeunt autem ad monasterium ob incapacitatem ipsius ad successionem: ergo ad haeredes ejusdem venientes ab intestato, cum nemo alius ad illa jus habeat.

68

Si secundum, et religio sit successionis capax, emissa professione, omnia illius bona, quocunque titulo quaesita sint, transeunt ad monasterium; *auth. ingressi*, *et auth. siqua mulier C. de ss. eccl. novell.* 5. *cap.* 5. *et novell.* 123. *n.* 38. idque approbatum etiam est de jure canonico; *can. ingredientibus* 7. *et can. siqua mulier* 9. *princ. caus.* 19. *q.* 3. *Ratio est*, quia aequitas dictat, ut religiosus, qui personam suam servitio divino mancipat, etiam bona sua cultui ejusdem consecret, eaque relinquat potius monasterio, a quo alimenta vitae necessaria perpetuo est percepturus, quam aliis, quibus nihil debet, et a quibus nihil accipit.

69

Jus autem succedendi habent omnia monasteria regularium, praeter domos, et collegia societatis JESU, et monasteria FF. minorum de observantia, et capucinorum: nam ceteris omnibus tam virorum, quam mulierum, etiam mendicantium, concessit concilium trid. *sess.* 25. *cap.* 3. *de regular.* ut bona immobilia possidere possint, et cons. in iis etiam succedere.

70

Quaeritur 3. quaenam bona, et jura professione religionis, quae capax est successionis, ab intestato transferantur in monasterium? Resp. Regula universalis est, transferri bona, et jura omnia, quorum capax est monasterium, adeoque

1. *Peculium* non tantum *castrense*, sed etiam *adventitium filiifam.* si hic sit religionem professus? Quia hujus vere est dominus, licet administrationem, et usumfructum ejusdem habeat pater: quem probabilius retinet etiam post professionem factam a filio, ut aliis multis *cit.* docet Sanch. *l.* 7. *mor. capit.* 13. *n.* 39. *Ratio est*, quia in amittendo usufructu non domini, sed usufructuarii mors attenditur; *l. si pater* 3. *C. et* §. *fin. inst. de usufruct.* Igitur multo minus attendetur mors civilis, quae contingit per professionem.

71

2. *Feudum*; nam hoc si tale sit, ut obsequia vi illius debita a monasterio praestari possint, transmittitur ad monasterium, non

tamen in perpetuum, sed tantum, quamdiu religiosus professus vivit; Sanch. *l.* 7. *mor. cap.* 15. *n.* 36. cum communi. *Ratio est*, quia regula generalis est, quod bona professi omnia transeant ad monasterium, a qua regula non sunt excepta feuda.

72

3. *Emphyteusis*, nisi concessa illa sit sub conditione, ne ad ecclesiam, vel potentiorem personam transferatur; tunc enim non transmittitur ad monasterium, ne contra, quam contractum est, propter ecclesiae privilegia, aut emphyteutae potentiam durior fiat conditio domini proprietatis, ut probabilius tenet aliis *cit.* Pal. *tr.* 16. *D.* 3 *p.* 4. §. 3. *n.* 8.

73

4. *Majoratus*, quatuor casibus duntaxat exceptis, videlicet 1. nisi habeat annexam sibi summam dignitatem, e. g. regnum, ducatum etc. 2. Nisi habeat annexam jurisdictionem temporalem in aliquod oppidum. 3. Nisi in ejus institutione adjecta sit clausula religiosum excludens. 4. Denique nisi ad agnationem, et familiae conservationem, vel cum onere nomen familiae, et istius arma, atque insignia deferendi sit institutus. His enim casibus professo suo in hujusmodi majoratu non succedit monasterium, sed ille a die professionis ad proximum agnatum devolvitur; Molin *tr.* 2. *D.* 623. *n.* 3.

74

5. *Jus patronatus*, ut colligitur ex *auth. ingressi*, et aliis textibus *supra cit.* juxta quos professi bona, et jura omnia in monasterium transferuntur. *Excipitur*, nisi ex dispositione fundatoris apud familiam remanere debeat, vel annexum sit majoratui etc. qui ex natura sua, vel institutione excludat monasterium.

75

Quaeritur 4. an ad hoc, ut monasterium acquirat bona professi sui, necessarium sit, ut illa apprehendat? Resp. distinguendo inter bona, quae professus habuit tempore professionis, et inter ea, quae professo obveniunt post editam professionem. *In primi generis bonis* non opus est apprehensione, sed absque hac tam dominium, quam possessio in monasterium transit; quia in ea bona succedit non jure haereditario, tanquam proprie dictus haeres, sed jure cujusdam acquisitionis naturalis, et accessoriae personae, prout innuitur *auth. ingressi C. de SS. eccl. ibi ipso ingressu* (h. e. ipso facto, quo quis religionem ingreditur) *se suaque dedicat DEO*; *et novel.* 5. *cap.* 5. *ibi ingredientem namque simul sequerentur res*, h. e. ipso jure, et per sequelam. Aliud dicendum *in bonis secundi generis*, quae obveniunt professo post editam professionem; haec enim sine traditio-

ne acquiruntur monasterio solum quoad dominium; non vero quoad possessionem, ut aliis *cit.* advertit Sanc. *l.* 7. *mor. c.* 12. *n.* 28.

76

Major controversia est, an haereditas delata professo acquiratur monasterio immediate, an solum mediate, mediante videlicet acceptatione, et aditione ipsius professi. Legistae teste Fach. *l.* 6. *contr. cap.* 16. affirmant secundum, et suadere hoc etiam videtur 1. text. *l. Deo nobis* 56. *C. de episc. et cleric.* ubi statuitur monachos in omnem parentum substantiam succedere, professione monastica non obstante. 2. Monachus aequiparatur servo: atqui haereditas delata servo non acquiritur domino, servo invito, et nolente eam adire; *l. cum proponas* 3. *C. de haer. inst.* 3. si ad acquirendam haereditatem, vel legatum monasterio non esset necessaria aditio, et acceptatio professi, ratio foret, quia proprium velle, et nolle non amplius habet: atqui hoc non obstat; quia licet defectus proprii velle, et nolle ejus aditionem, et acceptationem a superioris voluntate dependentem reddat, non tamen facit, ut ejus aditio, vel acceptatio non sit necessaria ad haereditatem, vel legatum monasterio acquirendum.

77

Sed his non obstantibus, probabilius est, non esse opus aditione monachi, ut haereditas, vel legatum ipsi delatum acquiratur monasterio. Ita Covar. *in cap.* 1. *de testam. n.* 31. Mol. *tr.* 2. *D.* 140. *n.* 19. Sanch. *l.* 7. *mor. cap.* 12. *n.* 36. et apud hos plurimi alii *cit. Ratio est,* quia ipsa professione bona, et jura monachi omnia, omnisque ejus voluntate transfertur in monasterio: igitur transfertur etiam jus, et voluntas adeundi haereditatem, vel legatum acceptandi.

78

Opposita argumenta non multum urgent. *Ad* 1. ex *l. cit.* recte quidem probatur, per professionem non amitti jus suitatis, et successionis, non tamen recte infertur, quod illud professo competat, cum omne jus, et voluntas ipsius translata sit in monasterium. *Ad* 2. licet professus religiosus aequiparetur servo quoad ipsam acquisitionem, quatenus, quidquid acquirit, acquirit monasterio; quoad modum tamen acquirendi comparatur filiof. atqui si haereditatem sibi delatam nolit acceptare filiusf. potest illam adire pater; *l. fin. C de bonis, quae liberis etc.* ergo etiam monasterium adire poterit haereditatem, vel legatum professo suo delatum, etsi iste acceptare eandem nolit. *Ad* 3. hoc ipso, quod in monasterium per professionem cum ceteris juribus translatum sit jus, et voluntas adeundi, vel recusandi haereditatem, istud eandem adire etiam sine professo suo, et immediate potest.

79

Quaeritur 5. utrum ex bonis professi debeatur legitima filiis ejusdem, vel aliis descendentibus, aut ascendentibus, quos relinquit in saeculo? Resp. affirmative. Patet de filiis et aliis descendentibus ex *can. siqua mulier*, *auth. ejusdem initii*, *et novel.* 123. *c.* 38. *cit.* Idem probabilius dicendum de parentibus, aliisque ascendentibus, ut communior docet: nec immerito; nam et ipsi, deficientibus descendentibus, haeredes necessarii liberorum suorum sunt, ut proinde etiam ad istos merito extendantur textus *cit.* ob rationis identitatem.

80

Major controversia est, an ipsis debeatur legitima statim post professionem, ante mortem patris religionem professi naturalem? In qua etsi omnes facile concedant, quod debeatur statim, quando religio, quam pater professus est, est incapax successionis, complures tamen cum Fel. Gutier. et Rodriq. volunt, legitimam ante mortem non deberi, quando religio, quam professus est, est successionis capax. *Fundantur*, 1. quia *can. et auth. siqua mulier* dicitur, patre post ingressum, et ante factam inter liberos dispositionem mortuo filios legitimam percepturos: igitur eo nondum mortuo, per argumentum a sensu contrario illam non percipiunt. 2. Legitima filiis non debetur a patre superstite; *l. hic titul.* 1. §. *si impuberes* 21. *ff. de collation. bonor.* et ratio est, quia debetur jure successionis; *c. cum simus* 14. *de regul.* ibi, *quae ipsi ex successione proveniunt*; successio autem, et haereditas viventis non est; *l. qui superstitis* 94. *ff. de acquir. haer.* ergo nisi de professis, qui liberos in saeculo relinquunt, aliter sit statutum, etiam ipsi viventibus legitima non debebitur.

81

Sed probabilius est statim deberi legitimam ante mortem naturalem patris. Ita Abb. *in c.* 8. *de prob. n.* 59. Covar. *in c.* 2. *de testam. n.* 7. Barb. *in c.* 14. *de reg. n.* 3. Fagn. *ib. n.* 7. *et seq.* et colligitur ex *c. cum simus* 14. *de reg.* ubi Coelestinus III. de filio, qui cum patre suo monachalem habitum induerat, in haec verba rescripsit: *Si ad annos discretionis pervenerit*, *et habitum retinere noluerit monachalem, ipsi liberum erit eum dimittere*, *et bona paterna*, *quae ipsi ex successione proveniunt* (sive legitimam) *postulare*. Neque dicas, in casu *c. cit.* patrem jam fuisse mortuum morte naturali; nam hoc dicere est divinare, cum de ea morte nulla fiat in textu mentio: imo potius colligitur contrarium; quia ut in lectione integra illius *c.* apud Fagn. *l. cit.* habetur pater solum laboraverat lepra, quae est minus periculosus morbus, nec adeo cito mortem affert.

Ex quo patet ad *arg.* 1. nam argumento a sensu contrario non est locus, ubi aliud expressum est jure, praesertim posteriore, prout expressum est in casu nostro per *c. cum simus cit. Ad* 2. quando ex morte civili idem effectus resultat, qui ex morte naturali, id quod dispositum est de morte naturali dispositum etiam censetur de casu mortis civilis: atqui professio religiosa est mors quaedam civilis, et ex hac idem effectus resultat, qui ex morte naturali; quia per utramque patria potestas cessat: ergo etc.

82

Quaeritur 6. an per consuetudinem, vel statutum jus succedendi in bona professorum, quod monasteriis competit, tolli iisdem possit? Resp. Consuetudine legitime praescripta tolli potest, non vero statuto municipali, vel provinciali, sed statutum tale, quo decernitur, ut, qui religionem ingrediuntur, excludantur ab haereditate, vel successione parentum, aliorumque consanguineorum; vel ut tantum parte aliqua haereditatis, aut vitalitio contenti sint, quibuscunque id verbis concipiatur, est irritum. Ita plurimis aliis *cit.* Sanc. *l.* 7. *mor. c.* 12. *n.* 14. *et seq.*

83

Ratio primae partis est, quia jus succedendi in haereditate, vel legato, quod delatum est professo, monasteriis solum jure humano competit: igitur per contrariam consuetudinem, si legitime praescripta sit, tolli omnino, et abrogari potest: erit autem legitime praescripta, si non fuerit minor quadraginta annis: quia tantum tempus requiritur ad praescribendum contra ecclesiam. Quare ubi talis est consuetudo, excluso monasterio, bona professi, et haereditates ab intestato ipsi delatae, devolventur ad filios et consanguineos ejusdem.

84

Ratio secundae partis; quia magistratus saecularis, etiam supremus, non potest privilegia ecclesiis, et ecclesiasticis personis ab imperatoribus concessa, et ab eis acceptata, auferre sine consensu pontificis, cum jurisdictionem in ecclesiasticas personas non habeat: atqui jus succedendi concessum est monasteriis ab imperatoribus, ut constat ex *nov. cit.* et ab ecclesia acceptatum: ergo etc. *Conf.* quia tale statutum, ejusque effectus dirigitur in illud tempus, quo religionem ingressus jam est professus; non enim ante professionem excluditur a successione, nec illius incapax redditur: atqui tunc jam est omnino exemptus a jurisdictione saeculari, adeoque tali statuto nullo modo ligari potest: ergo etc.

TITULUS XXVIII.

De sepulturis.

Successioni tum testamentariae, tum legitimae, de qua in *duobus praec. tit.* annectitur praesens titulus de *sepulturis*; quia saepe defunctus in ultima voluntate sua de loco, et modo sepulturae suae disponit.

§. I.

De loco sepulturae sacrae.

SUMMARIUM

1

Quaeritur 1. in quo loco sepeliendi fideles sint? Resp. Olim sepeliri corpora humana poterant in quovis loco honesto, qui propterea religiosus fiebat, et cons. extra commercium humanum positus, modo illud domino loci sciente, et non contradicente factum sit; §. *nullius* 7. *et* §. *religiosum* 9. *inst. de rer. divis. l. invito* 2. *C. de religios. et sumpt. funer.* Quod hodie per jus canonicum sublatum est, secundum quod, ut locus aliquis ob sepulturam corporis humani ibidem factam jure, et privilegiis loci sacri, ac religiosi gaudeat, non sufficit, quod privata, sed requiritur, ut publica episcopi authoritate ad fidelium sepulturam sit deputatus, ut colligitur ex *c. ad haec* 4. *de religios. domib.* Talia defacto sunt ecclesiae, et coemeteria, ita dicta, quod ibi fidelium corpora quasi dormiant, donec ex hoc suo quasi somno tubae supremae sono ad ultimum judicium excitentur, et resurgant.

2

Quaeritur 2. ubi coemeteria possint construi? Resp. Construi possunt in, vel extra civitatem, plerumque prope ecclesiam consecratam: idque ob triplicem rationem: 1. quia fideles pie credebant, se infer-

ni tenebras facilius evasuros meritis, et patrociniis sanctorum, quorum ossibus sua sociarent; S. Ambros. *homil.* 6. *de sanctis* : 2. ut participes fierent sacrificiorum, quae in ecclesiis offeruntur, et vivorum eas ingredientium charitas excitaretur ad preces fundendas pro animabus defunctorum, ibi requiescentium; *can. cum gravia* 17. *caus.* 13. *q.* 2. 3. ut fideles ecclesias per coemeteria adeuntes, commonefierent mortalitatis, et futuri exitus sui e vita, qua nulla est salubrior cogitatio; *eccl.* 7. *vers.* 40. ob hanc enim maxime causam in aditu urbium (et templorum) collocata fuisse notat S. Chrysost. *homil. de fid. et leg. natur.*

3

Addidi, *plerumque prope ecclesiam;* nam ex causa rationabili construi aliquando possunt etiam in loco remoto ab ecclesia, praesertim si destinata sint pro pestiferis, et in contagioso morbo decedentibus, ut bene notat Sylv. *V. sepultura c.* 1.

4

Quaeritur 3. an quivis fideles, etiam laici, sepeliri in ecclesia possint? Resp. Olim in ecclesiis sepeliri poterant tantum episcopi, abbates, digni presbyteri, et ex laicis, qui pro sanctis sunt habiti, et miraculis coruscabant, vel in dignitate constituti erant, ut habetur *can. praecipiendum* 15. *in fin. et can. nullus* 18. *caus.* 13. *q.* 2. et explicat *ibid.* gloss. *V. fideles*, et Turrecrem. *in fin.*

5

Hodie tamen sepeliri in ecclesia possunt quicunque fideles christiani, etiam laici, ut constat ex *can. gravia* 17. *caus. et qu. cit.* et notat *ibid.* gloss. *V. sepeliantur;* Barbos. *de offic. et potest, paroch. c.* 26. *n.* 8. Pirh. *hic n.* 1. modo ipse defunctus ibi sepeliendus ecclesiastica sepultura non sit privandus, et ecclesia jus sepulturae habeat; non enim jus istud cuilibet ecclesiae competit, sed tantum parochialibus, et iis, qui jus illud vel privilegio, vel consuetudine legitime praescripta obtinuerunt.

6

Ex privilegio jus sepeliendi fideles in templis, et coemeteriis suis habent ordo Praedicatorum, et minorum S. Francisci; *clem. dudum* 2. *vers. hujusmodi*, *et extrav. super cathedram* 2. §. *hujusmodi quoque int. comm. h. tit.* quod privilegium aliis etiam religiosis communicari tradit Molin. *tr.* 2. *de J. et J. D.* 224. *n.* 21. Donat. *tom.* 3. *prax. regul. tr.* 9. *q.* 8. *n.* 2. Pirh. *hic n.* 30. Vvies. *ibid. n.* 18.

Neque opus est, ut corpus defuncti, qui apud ipsos sepulturam elegerit, prius deferatur ad ecclesiam parochialem; quia jus habent libere, i. e. sine ulla contradictione sepeliendi, ut dicitur *clem. cit.* Et hinc si presbyteri parochiales admoniti corpus defuncti

deferre nolint ad ecclesiam regularem, possunt regulares ipsimet, etiam contradicente parocho, vel episcopo, illud levare, et deferre ad suam ecclesiam, ut recte aliis *cit.* advertit Pirh. *hic n.* 31.

7

Quaeritur 4. quis dare jus, seu privilegium sepeliendi possit? Resp. universim in tota ecclesia dare potest papa, et quidem solus, cum nullius alterius potestas sese ad ecclesiam universam extendat. Praeter pontificem illud dare potest legatus a latere intra suam provinciam, episcopus intra suam dioecesim, praelati alii, jurisdictione quasi episcopali praediti, intra suum territorium.

Ut tamen episcopus, vel alius praelatus inferior licite illud det, opus est justa causa, et consensu capituli, ut notant Abb. *in c.* 9. *h. tit. n.* 9. Molin. *D.* 214. *cit. n.* 21. Pirh. *hic n.* 32. *Ratio est,* quia ejusmodi privilegium, vel concessio reputatur inter causas arduas, et praejudiciosas: atqui episcopus sine consensu capituli res arduas expedire, et in praejudicium unius ecclesiae jus illi competens dare alteri nequit: ergo etc.

8

Quaeritur 5. an possint regulares dicto juri sepeliendi renuntiare? Resp. distinguendo: vel enim agitur de jure sepulturae in ecclesia regulari jam erecta, vel de jure ejusdem in ecclesia primum erigenda.

Si primum, ad hujusmodi juris renuntiationem opus est solemnitate ad alienationem rerum ecclesiasticarum requisita; *extrav. ambitiosae de reb. eccl. non alien. int. comm.* Neque obstat, quod *extrav. cit.* mentio solum fiat de rebus ecclesiasticis; nam, ut *l. rei* 23. *ff. de V. S.* ait Ulpianus, *rei appellatione et causae, et jura continentur.*

Si secundum, renuntiationi est locus; cons. casu, quo in limine fundationis cum parocho concordia facta est de non recipiendis ad sepulturam illius ecclesiae parochianis, pactum illud servandum est; quia renuntiatio ista non est juris jam quaesiti, sed primum acquirendi, sicque locum non habet dispositio *extravag. ambitiosae cit.* cum dici non possit, quod alienetur jus ecclesiae; Matthaeuc. *in offic. curiae eccl. c.* 48. *n.* 2.

9

Quaeritur 6. in quonam ex his locis, quibus jus sepeliendi competit, quisque sepeliri debeat? Resp. Si defunctus ecclesiam, vel coemeterium certum destinavit sepulturae suae, debet in eo sepeliri: si nullam elegit certam sepulturam, inferri debet sepulturae majorum suorum: si majorum etiam sepultura careat, sepeliendus est in parochia sua, in qua habuit domicilium, et sacramenta,

ceteraque divina percepit. Verum de his distinctis §§. agendum est latius. Sit ergo :

§. II.

De electione sepulturae sacrae.

SUMMARIUM

10 11 *Quinam eligere sibi sepulturam possint?*
12 *An pater filio impuberi?*
13 *An filiusf. constitutus in potestate patria?*
14 *Quinam regulares sibi eligere sepulturam possint?*
15 *In quo loco sint sepeliendi novitii?*
16 *An sepultura eligi possit in loco minus religioso?*
17 *Vel in ecclesiis monialium? Argumenta sententie affirmantis.*
18 *Deciditur pro negativa.*
19 *Hinc, qui ibi elegit sepulturam, hanc accipere in parochiali debet.*
20 *Solvuntur objectiones.*
21 22 *An electio sepulturae referri possit in arbitrium alienum?*
23 *Poena inducentium ad electionem sepulturae in certo loco.*
24 *Requisita ad poenam hanc incurrendam.*
25 *Quomodo probari debeat electio certae sepulturae?*
26 *An sufficienter probetur assertione confessarii?*

10

Quaeritur 1. quinam eligere sibi sepulturam possint? Resp. Regulariter possunt omnes, tam masculi, quam foeminae, etiam extra parochiam suam, vel sepulturam majorum, modo locus, qui eligitur pro sepultura, talis sit, qui jus sepulturae vel ex jure communi, vel ex privilegio habet, et eligens sit pubes, mentis compos, et aliunde non prohibitus sepulturam sibi eligere. Ita gloss. *in cap. nos instituta* 1. *V. propriam h. tit.* Sylv. *V. sepultura q.* 6. Molin. *tr.* 2. *D.* 214. *n.* 10. Pirh. *hic n.* 14. Vviest. *ibid. n.* 19. et habetur *c. nos instituta cit.* ibi, *nulli tamen negamus propriam eligere sepulturam, et etiam alienam.* Idem supponitur *c. is qui* 3. *eod. in* 6. Pro ratione reddi potest tritum illud, quo suprema testatoris voluntas adimplenda dicitur *can. ultima* 4. *caus.* 13. *q.* 2. *l. non negare* 5. *ff. quemad. testam aperiant.* et *l. habeat* 1. *C. de SS. eccl.*

11

Excipiuntur 1. amentes, et mente capti ob defectum usus rationis; nam electio sepulturae est actus humanus, cujus incapaces sunt mente capti. *Excipiuntur* 2. impuberes; nam isti ob defectum aetatis, et judicii satis maturi eligere sibi sepulturam nequeunt, sed

eorum loco sepulturam ipsis eligit pater, ubi consuetudo loci sic habet, vel si consuetudo talis non extet, sepeliendus is est in sepultura majorem, vel parochiali; *c. de uxore 7. hoc tit.* et *c. licet 4. in princ. eod in* 6. *Excipiuntur* 3. religiosi; nam his, cum velle, et nolle non habeant, potestas eligendi sepulturam extra suum monasterium non est, nisi ita remoti sint, ut ad id, cum moriuntur, commode deportari nequeant; tali enim casu ex licentia a jure indulta sepulturam sibi eligere permittuntur; *c. fin. hoc tit. in* 6. Quodsi vero eo casu sepulturam sibi non elegerint, sepeliendi sunt in parochia loci, ubi defuncti sunt, nisi vicinum sit monasterium sui ordinis. Ita cum aliis Sanch. *l.* 6. *moral. c.* 14. *n.* 4.

12

Quaeritur 2. an, seclusa consuetudine, pater filio suo impuberi eligere sepulturam possit? Videtur posse: nam etiam filio suo impuberi testamentum facere, sive haeredem ipsi substituere potest; *c. si pater* 1. *de testam. in.* 6. et *l. haeredes* 1. *ff. de vulg. et pupillar. substit.* Sed merito negatur paritas. *Ratio disparitatis est*, quia jus sepulturae est spirituale, jus autem testandi temporale: atqui patris potestas non ita se extendit in filium ad jura spiritualia, sicut ad temporalia, ergo etc.

Quare dicendum, seclusa consuetudine, patrem filio suo impuberi non posse eligere sepulturam, ut recte cum aliis advertit Pirh. *hic n.* 20. *not.* 2. Multo minus poterunt consanguinei, et amici pro amico, et consanguineo defuncto. Imo, ut gloss. *in c. licet cit. V. vel in parochiali* tradit, nec consuetudo parentibus, et amicis dat adeo liberam potestatem, ut pro impubere eligere sepulturam possint, ubi voluerint, sed tantum, ut liceat illum sepelire vel in sepultura majorum, vel in parochia, prout voluerint.

13

Quaeritur 3. an eligere sibi sepulturam possit filiusfam. qui adhuc in potestate patria est? *Ratio dubitandi est*, quia per voluntatem ultimam, etiam pro anima sua, sine patris assensu, relinquere nihil potest, nisi peculium castrense, vel quasi castrense habeat; est autem electio sepulturae quasi quaedam ultima voluntas: ergo etc.

Sed dicendum, si filiusf. pubes est, eligere sibi sepulturam potest, etiam absque patris consensu, ut habetur *c. licet* 4. §. *quamvis h. tit. in* 6.

Neque contrarium probat ratio dubitandi allata; negatur enim paritas. *Ratio dubitandi est* quia, ut *n. praeced.* dictum est, jus sepulturae est spirituale, quoad res autem, et jura spiritualia filius non ita subjectus est patri, sicut quoad bona temporalia, sed potius est sui juris.

14

Quaeritur 4. an nulli regulares eligere sibi sepulturam possint? Resp. A communi regula, quae religiosis sepulturae electionem prohibet, triplex maxime exceptio datur.

1. Si remoti a monasteriis suis decedant: de quo dictum *n.* 11.

2. Si extra claustra beneficiis sint praepositi; quia hi in multis velle, et nolle proprium habent, ut notat gloss. *in c. fin. V. non habeant h. tit. in* 6.

3. Praelati regulares: iique non tantum supremi, sed inferiores quoque, et aliis in sua religione subordinati, ut sunt provinciales, priores, rectores, guardiani; nam his electionem sepulturae permittit Sanch. *l.* 6. *mor. c.* 14. *n.* 7. Rodriq. *tom.* 3. *regul. q.* 60. *art.* 1. Pellizar. *man. regul. tom.* 2. *tr.* 8. *cap.* 5. *n.* 126. quia in multis, praesertim ad suam personam pertinentibus, velle, et nolle proprium habent. Bene tamen advertit P. Vviest. *hic. n.* 22. quod hoc ipsorum velle non sit omnino absolutum, sed dependens ab ordinis regula, et constitutionibus: quae proinde spectandae sunt, ut decerni possit, quid hujusmodi praelatis in casu praesenti liceat.

15

Quaeritur 5. in quo loco sepeliendi sint novitii? Resp. Sepeliendi sunt ibi, ubi sepulturam elegerint; Franc. *in. c. fin. hoc tit. n.* 2. Sanch. *c.* 14. *cit n.* 10. Pirh. *hic. n.* 25. *Ratio est*, quia electio sepulturae prohibita est solis religiosis; novitii autem non sunt proprie religiosi, praesertim in odiosis, et habent adhuc velle, et nolle proprium: ergo etc. Si novitius decedens sepulturam sibi non elegerit, sepeliri debet in monasterio, sive deinde decesserit intra monasterium, sive extra illud, in domo v. g. parentum, ubi valetudinis gratia cum licentia superiorum versabatur; Rodriq. *tom.* 2. *reg. quaes.* 39. *art.* 4. Sanch. *l. cit. n.* 11. Pirh. *num.* 25. *cit. Ratio est*, quia novitii gaudent juribus, et privilegiis sui ordinis. Expensas funeris, si novitius proprium patrimonium non habet, solvere monasterium, seu ordo debet; quia hujus sunt membra, in eum admissi, ut probentur; Rodriq. *q.* 60. *citat. art. ult.* Sanch. *n.* 12. Pirh. *l. cit.* ubi recte monet, hac in re servandam esse consuetudinem receptam in quavis religione.

16

Quaeritur 6. an quis relicta majorum, aut parochiali sepultura, eligere sepulturam possit in loco minus religioso, sive in quo missae sacrificium, ceteraque divina, et orationes publicae rarius, e. g. solum semel, aut bis quotannis peragi solent? *Ratio dubitandi* oritur ex *c. fraternitatem* 3. *h. tit.* ubi ejusmodi electio, tanquam

antiquae institutioni, et rationabili ecclesiae consuetudini contraria rejicitur: et dicitur esse invalida.

Sed tenenda est affirmativa sententia, prout clare decernitur *c. cum quis* 2. §. *fin. hoc tit. in* 6. ubi talis electio impugnari prohibetur. *Ratio est*, qnia electio sepulturae est pars ultimae voluntatis defuncti; *cap. de uxore* 7. *hoc tit.* quae si rationabilis, et honesta sit, modis omnibus adimpleri debet: atqui defunctus ad electionem sepulturae in loco minus religioso moveri poterat honesta, et rationabili causa, v. g. quod speciali devotione feratur in sanctum, qui ibi colitur, vel quod ob viciniam a successoribus, aut haeredibus facilius adeatur etc. ergo etc.

Ad textum *c. fraternitatem cit.* variae sunt interpp. responsiones: prae aliis placet, quae cum Gonzal. *ibid. n.* 9. id exaudiendum vult de electione sepulturae in loco minus, i. e. non religioso, sed profano.

17

Quaeritur 7. utrum eligi sepultura etiam possit in ecclesiis monialium? Samuelius *de supultur. tr.* 1. *D*, 6. *contr.* 11. *concl.* 7. Murga *tom.* 1. *tr.* 7. *disquis.* 12. *sect.* 4. *concl.* 7. *n.* 22. Gonz. *in c.* 3. *hoc tit. n.* 5. Ventrigl. *prax. de elect sepult. tom.* 1. *annot.* 52. §. *un. n.* 47. id concedunt in ecclesia monialium exteriori, quamvis de interiori negent; et videtur istud posse probari. 1. Ex *can. ubicunque* 6. *caus.* 13. *q.* 2. ubi ecclesiis sanctimonialium jus sepulturae expresse conceditur. 2. Ex declaratione Gregorii XIII. apud Marsil. Portel. Pellizarium, qui declarasse dicitur corpora volentium sepeliri intra monasteria monialium debere sepeliri in ecclesia exteriori, et non intra clastra. 3. Ex *const. Leonis X* incipit. *dudum per nos* et in *bullar tom.* 1. *est n.* 32. ubi pontifex iste privilegia ordinum mendicantium communicat etiam horum monialibus. 4. Ex *constit. Pauli V.* incipit *expositum*, et in *bullario tom.* 1. *est ordine* 47. ubi laudatus pontifex jus tumulandi in ecclesiis monialium s. Francisci praesupponit

18

Sed dicendum, neque in ecclesia exteriori monialium eligi sepulturam, aut recipi corpora defunctorum posse sine licentia S. congreg. Ita Nicol. *flosc. V. sepultura n.* 5. Vinc. Petra *tom.* 2. *comment. fol.* 198. *n.* 28. *et seqq.* Pignatell. *tom.* 4. *consult.* 177. Matthaeucc. *off. cur. eccl. cap.* 48. *n.* 4. illustriss. D. praepositus Frising. *tom.* 1. *cons.* 15. *a n.* 153. et expresse resolutum est a S. congreg. *in feretrana* 21. *novemb.* 1603. *in ferrariensi* 12. *jul.* 1604. *in gravinensi* 1. *octob.* 1650. *in forosemproniensi* 23. *aug.* 1652.

et maxime *in maceratensi* 8. *nov. anni ejusdem*: quae declarationes, cum sint maximae authoritatis, et teste Petra *l. cit. n.* 29. omnia tribunalia eas recipiant, praesertim sacra rota, dubium omne tollunt.

19

Hinc, qui sepulturam ibi elegit, sepeliri debebit in sepultura majorum, vel si talem non habeat, in parochiali; quia cessante dispositione hominis, remanet dispositio juris, quod assistit parocho, qui habet intentionem fundatam sepeliendi in sua ecclesia omnes, qui decedunt intra limites suae parochiae. *Proceditque hoc* etiam de puellis, quae educationis melioris causa in monasteriis monialium, degunt, si ibi decedant ut contra Pellizarium probabilius docent Pignatell. *tom.* 7. *cons.* 63. Matthaeucc. *offic. cur. eccl. cap.* 32. *n.* 8. nam saeculares omnino sunt, et in monasterio manent, non tanquam in habitatione propria, sed aliena, animo revertendi ad propriam, cum primum licebit: et hinc quemadmodum parochus illius parochiae assistere debet matrimoniis illarum, ita debet etiam illas tumulare; utrumque enim inter jura parochialia censetur.

20

Ad argumenta contraria non difficilis responsio. *Ad* 1. *can. cit.* loquitur non de facultate eligendi sepulturam in ecclesiis monialium, sed de necessitate temporum, vel locorum. *Ad* 2. de declaratione illa non constat authentice, et si constaret, dicendum eam vel revocatam per posteriora S. congr. decreta, vel intelligendam de casu, quo privilegio, vel indulto speciali licet ecclesiis monialium laicos ad ecclesiasticam sepulturam recipere, qui apud illas elegerint sepeliri. *Ad* 3. communicatio illa privilegiorum intelligenda est, quatenus illa monialium sexui, et statui non contradicunt. *Ad* 4. Pauliana illa constitutio procedit in puncto juris, cui in facto obstant resolutiones sacrae congreg. quas vidimus.

21

Quaeritur 8. an electio sepulturae referri possit in arbitrium alienum? Resp. posse; nam ita referri potest etiam potestas disponendi de bonis suis, saltem ad pias causas.

Dubium est, an casu, quo Titius v. gr. electionem sepulturae suae commisit arbitrio Sempronii, iste autem vivente Titio non elegit, eligere eidem sepulturam possit, ipso mortuo? *Videtur posse*; nam etiam defunctus ita potest committere alteri dispositionem de bonis suis, ut locus illi etiam post mortem sit, saltem ad pias causas, prout habetur *cap. cum tibi* 13. *de testam.*

22

Sed dicendum, non posse amplius pro Titio eligere sepulturam; Lapus *in c. is qui* 3. *h. tit. in* 6. *n. ult.* Vinc. Petra *tom.* 2. *comment. fol.* 396. *numer.* 43. Matthaeucc. *off. cur. eccl. c.* 48. *n.* 27. Pirh. *hic num.* 28. *Ratio est*, quia per mortem parochiani statim jus sepeliendi acquisitum est illi ecclesiae, apud quam sepeliri debebat, cum, non electa sepultura, decessit. Unde hoc casu Titius sepelietur in sepulchro majorum suorum, vel in ecclesia parochiali. *Conf.* nam mandatum, et delegatio re adhuc integra exspirat morte committentis, et delegantis; *c. gratum* 20. *de offic. deleg.* igitur morte committentis electionem sepulturae etiam exspirabit commissio.

Neque obstat argumentum sumptum ex *c. cum tibi cit.* nam defunctus est absolutus dominus bonorum suorum: ergo sicut disponere de illis pro libitu suo potuit, ita potestatem disponendi concedere alteri, saltem ad pias causas. At facultas eligendi sepulturam est privilegium, contra jus concessum a SS. canonibus: quod proinde extendi non debet.

23

Quaeritur 9. an validum sit votum, vel juramentum, quo quis se obligat ad eligendum in certo loco sepulturam? Resp. cum distinctione: vel enim ejusmodi votum, aut juramentum factum est sponte, et tunc indubitato tenet, nisi mutatus sit status aut ipsius eligentis, quia v. g. factus est episcopus, aut loci, quia destructus est; Rodriq. *tom.* 3. *regul. q.* 58. *art.* 7. *§. pen.* vel contra ad ejusmodi votum, juramentum, aut etiam simplicem promissionem inductus est a religiosis, vel clericis in favorem suae ecclesiae, et tunc irrita, ac nulla sunt, ut patet ex *cap. animarum* 1. *hoc tit. in* 6. *et Clem. capientes* 13. *in fin. de poenis*, ubi in contrarium facientes statuitur poena excommunicationis ipso facto incurrendae, et reservatae summo pontifici.

24

Porro ut poena haec incurratur, requiritur: 1. ut inducens sit clericus, vel religiosus; nam laicus illam non incurrit, cum textus *citt.* solum loquantur de clericis, et religiosis: 2. ut inductus sit ad votum, juramentum, vel promissionem eligendae sepulturae; nam inducens tantum ad eligendam sepulturam sine voto, juramento, vel promissione inducti non incurrit eam excommunicationem; Sylv. *V. excommunicatio* 7. *num.* 49. Petra *tom.* 2. *comment. fol.* 396. *num.* 45. Matthaeucc. *off. cur. eccl. c.* 48. *n.* 29. 3. ut ita inducatur ad eligendum in favorem propriae ecclesiae; nam siquis

inducat ad eligendam sepulturam in aliena ecclesia, e. g. religiosus S. Francisci ad eligendam sepulturam in ecclesia S. Dominici, inducens ab excommunicatione hac liber est; Rodriq. *art.* 7. *cit. dub.* 4. 4. ut inductus non debuerit alias sepeliri in ecclesia, in qua ex inductione elegit sepulturam; nam si parochus parochianum suum inducat ad eligendam sepulturam potius in parochiali, quam aliena ecclesia, immunis a poena est, utpote quae statuta est in favorem parochorum, ut proinde in odium illorum detorquenda non sit; Pal. *tr.* 29. *D.* 3. *p.* 2. *n.* 21. 5. ut inductio sit sortita effectum; nam si alias elegisset defunctus sepulturam in tali loco, inducens non fit reus istius poenae; Pal. *l. c. n.* 22.

25

Quaeritur 10. quomodo probari debeat electio certae sepulturae? Resp. Ex communi sufficienter probatur: 1. per duos, vel tres testes, deponentes de electione defuncti: 2. per testamentum, vel codicillum, quamvis invalidum, et per quamlibet scripturam propriae manus; illustriss. praepos. Frising. *tom.* 1. *cons.* 15. *n.* 45. 3. per testem unicum, concurrentibus aliis adminiculis; Sebast. Medices *de sepult.* *q.* 8.

26

Dubitari potest, an sufficienter probetur assertione confessarii? Affirmat Laur. de Franchis *contr. episc. et reg. p.* 2. *q.* 64. *n.* 6. melius cum Donato *tr.* 9. *q.* 22. negat P. Vviest *hic n.* 25. nam regula universalis est, quod unius assertio non sufficiat, sed duo saltem requirantur; ab hac autem regula non reperitur exceptus praesens casus: ergo etc. *Excipitur*, nisi loci consuetudine, vel statuto tribueretur major vis dicto confessarii, vel alterius hominis; nam tunc standum iisdem foret; et talem consuetudinem, vel statutum esse in curia archiepiscopali neapolitana, testis est M. Ant. Genuens. *prax. cur. neapol. c.* 76. *n.* 8.

§. III.

De sepultura majorum.

SUMMARIUM

27 *Qui nullam sibi sepulturam elegit, sepeliendus est in sepulchro majorum.*
28 *Quodnam sit praeferendum, si pater et avus in uno, proavus, et atavus in alio loco sepulti sunt?*
29 30 *Vel si pater in uno, ceteri progenitores in alio?*
31 *In quo loco sepeliendi sint filii naturales, spurii, et adoptivi?*
32 *Uxor superstes marito suo?*
33 *Vel praemortua?*
34 *An vicissim maritus sepeliri debeat in sepulchro uxoris?*
35 *Defenditur negativa.*
36 *Requisita, ut uxor obtineat sepulchrum mariti sui.*
37 *Ubi sepeliendi sint famuli domestici ordinum mendicantium?*

27

Quaeritur 1. ubi sepeliendus sit, qui vivens nullam sibi sepulturam elegit? Resp. Si sepulturam majorum suorum habeat, illius corpus eidem est inferendum; *can. ebron.* 2. *can. placuit* 7. *et seqq. caus.* 13. *q.* 2. *c. nos instituta* 1. *hoc tit. Ratio est*, quia ex instinctu naturali, et communi voto quilibet suis potius, quam extraneis conjungi velle praesumitur, juxta exemplum veterum patriarcharum, qui in sepulchris patrum suorum sepeliri voluere; *Genes.* 25. 49. *et* 50. *Majorum* autem nomine hic intelliguntur pater, avus, et alii superiores, seu ascendentes; *leg. jurisconsultus* 10. *ff. de gradib. affinit.*

28

Quaeritur 2. cui sepulturae inferendus sit defunctus, si pater, et avus ejusdem sepulti sint in uno loco, proavus vero, et atavus in alio? Resp. Hoc casu defunctus potius inferendus est sepulchro, quod sibi delectum habuit pater, et avus, quam quod proavus, et atavus; Sylv. *V. sepultura q.* 8. *dict.* 1. Vincent. Petra *comm. tom.* 2. *fol.* 393. *n.* 25. praepos. Frising. *tom.* 1. *cons.* 15. *n.* 50. *et seqq.* Pirh. *hic n.* 4. Vviest. *n.* 30. *Ratio est*, quia jus sepulturae habet se instar domicilii inter vivos; filius autem patris, et avi potius, quam remotiorum progenitorum domicilium sequitur; *l. assumptio* 6. *ff. ad municipal. conf.* quia unio sepulturae procedit ex mutuo affecto dilectionis, quae intercessit inter vivos; hic autem ma-

jor solet esse in patrem, et avum, quam in ceteros progenitores magis remotos.

29

Quaeritur 3. quid si pater diversum etiam ab avo, et ceteris progenitoribus sepulchrum habeat? Resp. In hoc conveniunt DD.

Abb. *in c.* 1. *hoc tit. n.* 5. Molin. *tr.* 2. *de J. et J. D.* 214. *n.* 13. praeposit. Frising. *tom.* 1. *cons.* 15. *n.* 57. *et seqq.* Pirh. *hic n.* 4. distinguunt; nam si pater sponte sibi elegit sepulchrum proprium, diversum a sepulchro majorum suorum, dicunt filium sepeliendum in sepulchro sui patris, etsi iste adhuc superstes sit; si vero pater praeter voluntatem suam casu aliquo ibi sepultus est, tunc censent filium sepeliendum in sepulchro avorum, seu majorum suorum.

30

Alii cum gloss. *in c. is qui* 3. *V. ab antiquo hoc tit. in* 6. Sylv. *V. sepultura q.* 8. *dict.* 1. Vviest. *hic n.* 30. indistincte docent, casu, quo pater sepultus est in uno loco, avus, et majores ceteri in alio, filium sepeliendum potius cum avo, et aliis majoribus, quam cum patre; *arg. c. nos instituta* 1. *hoc tit.* ubi dicitur, unumquemque in majorum suorum sepulchris sepeliendum esse: quod adhuc clarius statuitur *c. is qui cit.* ubi Bonifacius VIII. praecipit, eum, qui, non electa sepultura decedit, sepeliri debere in ea potius ecclesia, in qua majorum ipsius ab antiquo sepultura extitit, talis autem non est locus, ubi solus pater, sed ubi ceteri progenitores sepulti sunt: ergo etc.

Excipiunt, si progenitorum singuli sepulchrum diversum habuerint; tunc enim sepeliendus filius erit cum patre, saltem si iste sepulturam pro familia elegisset; alias rectius deferetur ad parochialem.

31

Quaeritur 4. in quo loco sepeliri debeant filii naturales, spurii, et adoptivi? Resp. 1. *Filii naturales* sepeliendi sunt cum patre, nisi is in dignitate sit constitutus; *arg. l. ex facto* 17. *siquis* 4. *ff. ad S. C. trebell.* Moron. *cent. respons.* 51. *n.* 59. praepos. Frising. *tom.* 1. *cons.* 15. *n.* 64. Potestque, ut iidem notant, si decedant impuberes, ipsis pater eligere sepulturam.

2. *Spurii*, tanquam filiorum nomine indigni, non cum patre, sed cum matre sepeliendi sunt, nisi ista sit faemina illustris: quo casu ipsi, uti et naturales, si pater in dignitate sit constitutus, sepeliendi essent in parochia, nisi alias sibi elegissent sepulturam; Sylv. *V. sepultura q.* 8. *dist.* 4. Samuel. *tr.* 1. *D.* 5. *contr.* 5. *concl.* 4. praepos. Frising. *n.* 65.

3. *In adoptivis est* adhibenda distinctio : vel enim moriuntur, vivente patre adoptivo, in cujus potestate erant; et tunc sepelientur in illius sepulchro : vel contra decedunt, adoptante, vel arrogante jam mortuo : et tunc non in hujus, sed patris sui naturalis sepulchro sunt tumulandi, ut recte Sylv. *l. cit.* Pirh. *hic n.* 4. et ratio est, quia morte adoptantis cessat adoptio.

32

Quaeritur 5. in quo loco sepelienda sit uxor, an in sepulcro majorum suorum, an cum viro suo? Resp. Cum distinctione : vel enim maritus ejus jam est praemortuus, vel adhuc superstes post mortem illius.

Si primum, et uxor sibi sepulturam nullam elegit, in mariti sui, et si plures maritos habuit, in horum ultimi sepulchro tumulanda est; *can. ebron.* 2. *et can. seq. caus.* 13. *q.* 2. junct. *c. is qui* 3. §. *mulier hoc tit. in* 6. *Proceditque hoc*, etiamsi illa post mortem mariti reversa sit in domum patris, vel in alium locum se transtulerit; quia retinet nihilominus domicilium, et honorem mariti quod privilegium cum non detur loco, sed personae, non amittitur ob variationem locorum; Sylv. *V. sepultura q.* 9. *dict.* 5. Franc. *in c.* 3. *cit.* §. *mulier. n.* 2. praep. Frising. *cons.* 15. *cit. n.* 109. Pirh. *hic n.* 12. *not.* 2.

33

Si secundum, altera adhibenda distinctio est : vel enim maritus elegit sibi sepulchrum proprium, vel non elegit, sed est absens, aut amens, ita, ut non possit declarare voluntatem suam circa sepulturam. *Si prius*, in sepulchro mariti sui uxor sepeliri debet; quia animi destinatione videtur ibi maritus sepultus esse. Idem dicendum, si maritus non elegit propriam sepulturam, intendit tamen sepeliri in sepultura majorum suorum. *Si posterius*, uxor sepelienda est in sepulchro majorum suorum, vel si tale non habeat, aut in eo sepeliri nequeat, in parochiali ecclesia, in qua decessit; Abb. *in cap.* 7. *hoc tit. n.* 6. Sylv. *V. sepultura quaest.* 8. *dict.* 5. Franc. *in* §. *mulier cit. n.* 3. Pirh. *hic n.* 12. *not.* 2.

34

Quaeritur 6. an vicissim, si uxor prior decessit, electa sibi sepultura, et postea moriatur maritus, non electa sepultura, maritus debeat tumulari in sepulchro uxoris suae, an vero in sepulchro majorum? *Videtur affirmandum prius*; nam propter unionem, quae fuit inter conjuges in vita, jus disposuit, quod uxor debeat sepeliri in sepulcro mariti, ut patet ex *can. ebron cit.* ibi, *ut quos conjunxit unum conjugium, conjungat unum sepulchrum.*

Igitur idem vicissim dicendum de marito, cum maritus, et uxor aequali jure censeantur, et gaudeant.

35

Sed dicendum, eo casu maritum non in sepulchro uxoris suae praemortuae, sed majorum suorum, vel parochiali sepulchro sepeliri debere, nisi consuetudo alia vigeat. Ita Abb. *in c.* 7. *hoc tit. n.* 7. Franc. *in §. mulier cit. n.* 3. *vers. secundo quaeritur*, Pirh. *hic n.* 13. Vviest. *n.* 32. et colligitur ex *can. unaquaeque* 3. *caus.* 13. *q.* 2. ubi dicitur, *unaquaeque mulier sequatur virum suum*; non autem vicissim dicitur, quod e converso etiam maritus debeat sequi uxorem. *Ratio disparitatis est*, quia uxor sequitur domicilium, honorem, et jura mariti, non autem vice versa maritus uxoris; *leg. cum te* 10. *C. de nupt.*

Ad rationem in contrarium allatam maritus, et uxor aequali jure censentur, et gaudent quoad usum matrimonii, non vero quoad alia; quoad haec enim est caput mulieris: et hinc a rationis paritate ab uxore ad maritum argumentum trahi non potest.

36

Quaeritur 7. quid requiratur, ut uxor obtineat sepulturam mariti sui? Resp. 1. Requitur, ut haec sibi non elegerit propriam sepulturam; nam eligere sibi sepulturam potest, etiam sine licentia mariti, cum in hoc sit sui juris; Sperell. *dec.* 88. *n.* 18. Petra *tom.* 2. *fol.* 392. *n.* 16. Matthaeucc. *off. cur. eccl. c.* 48. *n.* 26. Unde si propriam sibi elegit, in ipsa sepelienda est.

2. Ut fuerit legitima ejus uxor, cum qua videlicet aut consummatum est matrimonium, vel saltem contractum per verba de praesenti, eaque deducta ad domum mariti; nam sponsa de futuro non est sepelienda in sepulchro sponsi, cum nondum aquisiverit domicilium mariti; Matthaeucc. *loc. citat. limit.* 2. Pirhing *hic n.* 10. et apud hunc Franc. *in §. mulier cit. fin. n.* 3.

3. Ut mulier non fuerit separata a marito, propter adulterium facto divortio; quia tunc non est de domo, et familia viri, nisi ei ante mortem sit reconciliata; Sylv. *V. sepultura quaest.* 8. *dict.* 5. Samuell. *tr.* 1. *D.* 5. *contr.* 3. *concl.* 3. *et* 4. praepos. Frising. *tom.* 1. *cons.* 15. *n.* 110. *et* 111. Matthaeucc. *limit.* 3. Pirh. *l. cit.*

4. Ut in viduitate non impudice vivat; nam hoc si fiat, perdit honorem, et privilegia mariti sui defuncti; *arg. l. his solis* 7. *C. de revoc. donat.*

37

Quaeritur 8. ubi sepeliendi sint famuli domestici ordinum mendicantium? Resp. Si ipsi sibi sepulturam non elegerunt, et intra monasterii, collegii, vel residentiae, cui servierunt, septa sint

mortui, in horum ecclesiis, vel coemeteriis, etiam parocho loci invito, sepeliri possunt per privilegia concessa FF. minoribus a Clem. IV. et soc. J. a Paulo III. prout videre est apud Rodriq. *tom.* 2. *qq. regul. q.* 68. *n.* 2. Molin. *tr.* 1. *de J. et J. D.* 214. *n.* 16. Donat. *prax. regul. tr.* 10. *q.* 21. *n.* 2. Pirh. *hic n.* 9. Vviest. *n.* 34. et habetur *in compend. privil. societ. V. familiares* §. 1.

§. IV.

De sepultura parochiali.

SUMMARIUM

38 *Qui sepulturam majorum non habet, sepeliendus est in parochia propria.*
39 *Ubi sepeliendus sit, qui in loco, ubi mortuus est, habet quasi domicilium?*
40 *Ubi qui duplex domicilium habet?*
41 *Ubi peregrini, et advenae?*
42 *Quid de iis tenendum, quando decesserunt in monasteriis?*
43 *Deciditur pro ecclesia parochiali.*
44 *Praescindendo a specialibus privilegiis.*
45 *Clericus sepeliri debet in parochia beneficii sui.*
46 47 48 *Etiamsi extra hanc mortuus sit.*

38

Quaeritur 1. ubi sepeliendus, qui neque sepulturam majorum habet, neque aliquam sibi elegit? Resp. De jure sepeliendus est in propria parochia, ubi domicilium habuit, et sacramenta, ceteraque divina percepit; *c. nos instituta* 1. *hoc tit. et cap. animarum eod. in* 6.

Proceditque hoc, etsi non fuisset ibidem mortuus, sed in villa, vel alibi in loco extra parochiam suam sito, ad quem se contulit recreationis, culturae, vel amici invisendi causa, modo ad parochialem sepulturam commode portari possit, ut statuitur *c. is qui* 3. *pr. hoc tit. in* 6. *Ratio est*, quia per hoc, quod quis transeat a loco domicilii ad alium locum, ibique ad tempus habitet, non amittit prius domicilium, nec fit incola, aut parochianus loci, ad quem migravit ob ejusmodi causam; *l. domicilium* 20. *et l. eum qui* 27. §. *Celsus* 2. *ff. ad municipal.*

Addidi *de jure*; quia ex consuetudine, vel etiam ex conventione parochorum ab ordinariis approbata aliquando defunctus sepe-

litur ibi, ubi mortuus est, etiamsi loci illius parochianus non fuerit; P. Vviest. *hic n.* 36.

39

Quaeritur 2. ubi de jure sepeliendus sit, qui extra domicilii sui parochiam se contulit in locum aliquem animo, non quidem ibi perpetuo manendi, sed ad tempus non breve, v. g. unum annum, vel majorem anni partem, ut sunt litterarum studiosi, famuli conductitii etc.

Pontius *l.* 5. *de matr. c.* 13. *numer.* 12. aliis DD. allegatis contendit, illum sepeliendum in loco domicilii, si ad eum commode portari valeat. Communior cum Sa *V. parochus numer.* 2. Sanch. *l.* 3. *de matrim. D.* 23. *n.* 13. Pirh. *hic n.* 7. Vviest. *n.* 37. existimat eum, si in tali loco decedat, sepeliendum in loco obitus: idque merito; nam huic sententiae patrocinatur tam consuetudo, quam etiam ratio: qui enim tali animo in ejusmodi locum succedunt, contrahunt ibi quasi domicilium, adeoque etiam parochiani ejusdem efficiuntur, ita, ut parochus illius loci sacramenta poenitentiae, eucharistiae, et extremae unctionis ipsis administrare, imo et matrimoniis illorum, dum ibi actu versantur, assistere valeat, prout colligitur ex *can. quest.* 46. *caus.* 16. *q.* 1. *et c. fin. de paroch.* Accedit, quia hoc omnino necessarium est propter casuum frequentiam, et distantiam a loco domicilii proprii, propter quam multa permittuntur, quae alias non permitterentur, ut ait gloss. *in c.* 5. *V. locorum distantiam de in integr. restit.*

40

Quaeritur 3. ubi sepeliendi sint, qui in duabus, vel pluribus parochiis domicilium habent? Resp. Qui in diversis parochiis domicilium habet, in illa sepeliendus est, in qua vivens sacramenta percepit, et officiis divinis interfuit: si hoc factum sit in utraque, in illa sepeliri debet, quae praevenerit: si autem neutra praevenit, vel uterque parochus inter se litiget, litem hac in re componet episcopus; Molin. *tr.* 2. *de J. et J. D.* 214. *n.* 13.

Sed quid, si defunctus unum quidem duntaxat domicilium habuit, sed positum in confinio duarum parochiarum, ita, ut ex una parte sit de parochia unius ecclesiae, ex altera de parochia alterius? Resp. Hic, si sepulturam sibi nullam elegerit, nec aliquam majorum habeat, sepeliendus est in illa parochia, ubi domus aditum habet; quia ex aditu judicatur, cui cedat; *l. si cui aedes ff. degat.* 3. Bartol. *in l. quod conclave n.* 6. *ff. de damn. infect.*

Quodsi domus defuncti duas haberet januas, judicabitur secundum principaliorem, et aditum magis frequentatum, et talis solet

esse anterior; illustris. praep. Frising. *tom.* 1. *cons.* 15. *n.* 92. et apud hunc Bartol. Felin. Barbos. Riccius.

41

Quaeritur 4. ubi sepeliendi sint peregrini, et advenae? Resp. Hi, si moriantur in locis, per quae transeunt, animo moram ibi non trahendi, nec commode ad sepulturam majorum, vel propriam parochiam eorum corpora deferri possint, sepeliendi sunt vel in ecclesia cathedrali secundum quorundam sententiam, vel potius in parochiali, in qua sunt defuncti, praesertim si a parocho ejusdem loci sacramenta perceperint; Abb. *in c.* 10. *h. tit. n.* 10. Sylv. *V. sepultura q.* 8. *dict.* 2. Molin. *loc. cit. n.* 17. Pirh. *hic n.* 8. qui addunt hac in re consuetudini cujusque loci standum esse. Idem dicendum de vagis, et qui nuspiam domicilium, vel quasi domicilium habent, ut notant Abb. *in c.* 1. *h. tit. n.* 4. Sylv. *loc. cit.* Vviest. *n.* 38. et eadem est ratio de damnatis ad mortem, si sepeliri permittantur; Sylv. *dict.* 3. Pirh. *loc. cit.*

42

Difficultas est de hujusmodi peregrinis, et advenis, aliisque saecularibus, quando decesserunt intra monasterium, nulla sibi electa sepultura; Lezan. *tom.* 2. *V. sepultura quoad regulares n.* 47. Bonac. *tom.* 1. *de sacram. D.* 4. *q.* 7. *p.* 2. *n.* 10. Barb. *de off. paroch. c.* 20. *n.* 22. Donat. *prax. regular. tom* 3. *tr.* 10. *q.* 22. *n.* 6. Samuel. *de sepult. disp.* 4. *contr.* 15. *n.* 35. *et* 55. et alii apud Petram *tom.* 2. *fol.* 273. *n.* 45. volunt eorum corpora debere sepeliri in ecclesia monasterii regularium, ubi decedunt: quod *probant* 1. *ex can. placuit* 1. *caus.* 16. *q.* 1. *ibi*, *vel si fortuito quendam advenientium fratrum ibi mori contigerit*: ubi sub nomine *fratrum* Donatus, Lezana, et alii istius sententiae patroni intelligendum putant quemcunque advenam saecularem, ut, si mori eum contigerit in monasterio, ibidem recipi ad sepulturam possit. 2. quia jus tumulandi plurimum dependet a jure administrandi sacramenta, ut adeo hoc jure concesso, tanquam majore, etiam prius, tanquam minus, concessum merito censeatur: atqui regulares habent jus administrandi sacramenta iis, qui intra septa, et clausuram illorum pro tempore commorantur, prout PP. dominicanis concessit Nicolaus V. PP. Theatinis Pius IV. et Pius V. minoribus de observantia Clemens IV. PP. minimis Julius II. et competere omnibus mendicantibus cum aliis notat Mirand. *man. p.* 2. *q.* 49. *art.* 1. *in fin.* 3. quia tales personae dicuntur esse extra territorim parochi, et in territorio exempto: ergo sicut parochus nullum jus posset habere circa defunctum, qui obiret in aliena parochia, ita nec si obeat in monasterio, habente exemptionem localem.

43

Sed his non obstantibus, dicendum, inspecto jure communi, et praescincendo a specialibus ordinum, et monasteriorum privilegiis, peregrinum, et quemvis exterum in monasterium receptum, sepeliendum probabilius esse non in ecclesia monasterii, ubi decessit, sed in parochiali, intra cujus territorium est monasterium, si defunctus propriam parochialem non habeat, vel commode ad eam portari nequeat. Ita Lavor. *elucub. canon. tit.* 2. *c.* 12. *n.* 145. Pignatell. *tom.* 1. *consult.* 306. Antonell. *de regim. eccl. l.* 1. *c.* 12. *n.* 21. Passerin. *tom.* 2. *de stat. hom. q.* 187. *art.* 4. *n.* 230. Trullench. *de jur. paroch. c.* 9. *dub.* 1. *n.* 5. Petra *tom.* 2. *comment. fol.* 275. *n.* 47. *et seq.* Matthaeucc. *offic. cur. eccl. c.* 48. *n.* 14. et extant circa hoc complures declarationes s. congreg. *in ravennatensi* 20. *januarii* 1674. *in ripana* 3. *novemb.* 1652. et novissime decisum est ab eadem 3. *febr.* 1694. Colligitur etiam ex *can. in nostra* 10. *h. tit.* ubi expresse cavetur, non posse regulares sepelire, nisi eos, qui vere ibi sepulturam elegerint.

44

Dixi, *praescindendo a specialibus ordinum, et monasteriorum privilegiis;* constat enim, quod complures ordines, praesertim mendicantes, habeant hujusmodi privilegia: quae tamen, ut vim, et vigorem adhuc hodie possint exerere, debent data esse post tridentinum, vel si ante illud data sunt, post illud a pontifice confirmata verbis ita praegnantibus, quae suadeant, mentem pontificis fuisse de novo illa concedere; nam per dictam synodum omnia hujusmodi privilegia fuerunt abrogata, prout constat ex *sess.* 24. *cap.* 11. *et* 13. *de reformat.* vide Petram *tom.* 2. *cit. fol.* 277. *n.* 51. *et duobus seq.*

Ad argumenta contraria facilis est responsio. *Ad* 1. verba illa *can. cit.* intelligi debent de monachis alterius monasterii, prout advertunt Turrecr. *ibid.* Host. *in c.* 7. *h. tit.* Passerin. *l. cit. n.* 230. Petra *n.* 49. *circa fin.* colligitur enim ex antecedentibus illius textus, qui loquitur prius de fratre monacho in monasterio commorante, et sic ex contextu interpretatio insurgit, quod dein sermo fit de fratre monacho adveniente. *Ad* 2. id argumentum stringit fortasse in casu, quo constat de privilegio hujusmodi exteris receptis admininistrandi sacramenta: extra hunc casum sicut sepultura, ita etiam administratio tali laico facienda prohibita regularibus est, prout constat ex *Clem.* 1. §. 1. *de privil.* et trid. *sess.* 24. *c. de refor. Ad* 3. monasterium exemptum, licet non sit de dioecesi, est tamen situm in dioecesi, et sic advena in

eo existens dicendus est existere in parochia, intra quam monasterium situm est.

45

Quaeritur 5. in quo loco sepeliri clericus debeat? Resp. Si beneficiatus sit, et sepulturam vel a se, vel a majoribus suis electam non habeat, sepeliendum in parochia, in qua beneficium obtinuit, stabilem residentiam, et servitium personale exigens. Ita Sylv. *V. sepultura q.* 8. *dict.* 6. Franches *de eccl. cath. c.* 17. *n.* 18. Donat. *tom.* 3. *prax. regul. tr.* 9. *q.* 26. *n.* 1. Matthaeuc. *off. cur. eccl. c. c.* 48. *n.* 9. *et duobus seq. Ratio est*, quia clericus beneficiatus domicilim proprium ibi contrahit, ubi habet beneficium stabilem residentiam exigens; *c. dilectus* 29. *de rescript. et l. omnes* 33. *pr. C. de episc. et cleric.* et ad utrumque locum interpretes. *Proceditque hoc*, etsi ejusmodi clericus beneficiatus a loco beneficii aliquamdiu absit; nam ipsa obligatio in ecclesia residendi, eique deserviendi facit, ut domicilium contrahatur, ut recte Abb. *in c.* 27. *de rescript. n.* 4. Mascard. *de probat. concl.* 535. *n.* 5. Sanch. *l.* 7. *cons. cap.* 1. *dub.* 23. *n.* 3.

46

Dubium est, de casu, quo clericus beneficiatus in una parochia habet beneficium, in alia habitationem, et in hac posteriori decessit? Videtur tumulandus in hac secunda, vel saltem esse locum praeventioni: idque 1. ob decisionem rotae, qua parochianus s. Dominici, non obstante, quod ex deputatione episcopi serviverit ecclesiae s. Jacobi, adjudicatus tamen est ecclesiae s. Dominici. 2. qui sepultura non electa, decedunt, tumulandi de jure sunt in parochia, in qua domicilium habent, ut dictum est *n.* 38. etsi praeter domicilium habitationis domicilium adhuc aliud habuit defunctus, locus est praeventioni *n.* 40. 3. qui sine sepultura a se, vel a majoribus suis electa decedunt, sepeliri debent in illa parochia, cui deberetur portio canonica: atqui si ejusmodi clericus sepulturam elegisset alibi, portio canonica debita fuisset parochiae habitationis, in qua decessit, nam haec de jure debetur illi ecclesiae, ex qua defuncti corpus assumitur; *c. certificari* 9. *et c. seq. h. tit.* ergo etc.

47

Sed his non obstantibus, dicendum, seclusa speciali consuetudine, pactis, et concordatis inter ecclesias, clericum tali casu sepeliendum in parochia, in qua beneficium habuit. Ita professor, et antecessor meus P. Jacobus Vviest. p. m. *hic n.* 21. *et seq.* et stant pro hac responsione DD. omnes, quatenus indiscriminatim docent, clericos beneficiatos si sepulturam vel a se, vel a majoribus electam non habeant, sepeliendos esse in parochiis, in quibus obtinuerunt be-

neficium exigens stabilem residentiam, et servitium personale. *Ratio est*, quia generaliter fideles, qui sepulturam majorum, aut a se electam non habent, tumulari debent in parochiis, in quibus proprium domicilium habent; et si duplex domicilium in diversis parochiis habuerunt, in illa, in qua sacramenta, ceteraque spiritualia, et divina perceperunt, et obierunt ex obligatione; *c. nos instituta* 1. *h. t. et c. animarum* 1. *eod. in* 6. atqui clericus beneficiatus ipsa obligatione residendi in beneficio, eique deserviendi domicilium contrahit in parochia beneficii, et praeterea vivens in eadem sacramenta percepit, ceteraque spiritualia, et divina ex obligatione obiit: ergo etc.

48

In contrarium adducta non admodum urgent. *Ad* 1. decisio allegata potius nobis favet; quia ibi clerici corpus adjudicatum est ecclesiae s. Dominici ex hac solum ratione, quia is non erat de corpore ecclesiae s. Jacobi, sed ejus servitio ad tempus duntaxat, et non perpetuo, ut veri beneficiati solent, addictus: igitur a sensu contrario, si fuisset de corpore ecclesiae s. Jacobi, eique instar veri beneficiati perpetuo adstrictus, fuisset in hac, et non in ecclesia s. Dominici tumulandus. *Ad* 1. licet in aliis, habentibus plura domicilia, praeferatur domicilium habitationis, vel saltem concurrat, in clericis tamen praefertur domicilium beneficii, quia istud respectu ipsius censetur principale esse, ut notat Innoc. *in c.* 17. *de priv.* Abb. *in c.* 27. *de rescr. n.* 4. Fel. *ib. n.* 6. *Ad* 3. non tam locus, ex quo corpus per accidens assumitur, quam locus, in quo defunctus sacramenta percepit, spectandus est; nam in hoc, et non in priore solvenda est portio canonica, ut patet ex *c. nos instituta cit. c. de his* 4. *hoc t. et c. cum quis* 2. *eod. in* 6.

§. VI.

De personis sepultura sacra indignis.

SUMMARIUM

49

Quaeritur 1. quinam repellantur a sepultura ecclesiastica, tanquam illa indigni? Resp. 1. ab ea repelluntur pagani, judaei, aliique infideles; *can. ecclesiarum* 28. *de consec. dist.* 1. 2. Haeretici, eorumque in crimine haereseos credentes, receptatores, fautores, et defensores; *can. fin. caus.* 24. *q.* 2. *c. excommunicamus* 13. §. *credentes de haeret.* etiamsi eorum haeresis primum post mortem sit manifestata; *can. sane* 3. *caus. et q. cit.* 3. Infantes fidelium, qui decesserunt sine baptismo; *Rit. Rom. tit. de exequiis*, *rubr. quib. non lic. dar. eccl. sepult.* Medices *de sepult. p.* 1. *q.* 11. *num.* 15. Samuel *de sepult. tr.* 2. *D.* 1. *contr.* 4. *n.* 4. 4. Catechumeni, ut contra Samuel. *l. cit. num.* 19. ex communi DD. tradit, et authoritate s. Ambrosii firmat Laym. *l.* 3. *tr.* 5. *c.* 12. *n.* 11. quia quamvis ecclesia pro eis oret, nondum tamen eam ingressi sunt per baptismum. 5. Excummunicati, saltem vitandi, etiamsi contritionis signa ante obitum dederint; quia quibus non communicamus vivis, nec defunctis in sepultura communicare debemus; *can. quicunque* 37. *caus.* 11. *q.* 3. *c. de communione* 1. *caus.* 34. *q.* 2. et expressius *c. sacris* 12. *pr. h. t.* 6. notorii, et denuntiati interdicti,

nisi constet vel rationabiliter praesumatur, quod signa poenitentiae dederint; *c. a nobis* 28. *de sent. excomm. c. is cui* 20. *eod. in* 6. *et clem.* 1. *h. t.* 7. Usurarii manifesti, nisi prius restituerint, vel de satisfaciendo idoneam cautionem praestiterint; *can. quia in omnibus* 3. *de usur. et c. quanquam* 2. *ibid. in* 6. 8. Raptores, et incendiarii, si ante restitutionem sine signis poeniteniae decedant; *c. super eo* 2. *et c. in litteris* 3. *de raptorib.* 9. ii, qui decimas, ecclesiae debitas injuste detinent; *c. prohibemus* 19. *de decim.* 10. Maledici, sive blasphemi; *c. statuimus* 2. *de maledic.* 11. Religiosi proprietarii; *c. monachi* 2. *et c. super quaedam* 4. *de stat. monach.* 12. qui confessionem annuam, et communionem paschalem voluntarie negligunt; *c. omnis* 12. *de poen. et remis.* 13. qui in torneamentis, et hastiludiis occiduntur, si talia illa sint, ut ex iis probabile mortis periculum immineat; *c. felicis* 1. *et c. fin. de torneam.* 14. qui ferro, veneno, laqueo, praecipitio in puteum, vel flumen etc. mortem sibi ipsis sponte intulerint; *c. placuit* 12. *caus.* 23. *q.* 5. 15. qui occumbunt in duello, etiam privato, ex condicto certo loco, et tempore instituto; trid. *ses.* 25. *c.* 19. *de ref.* junctis *const. Gregorii XIII.* incipit *ad tollendam* 1582. *et Clem. VIII.* incipit *illius vices* 1590. 16. denique fures, latrones, concubinarii, et quicunque peccatores publici, sine poenitentia notorie decedentes; *c. quibus* 16. *caus.* 13. *q.* 5. De quibus late praep. Frising. *to.* 1. *cons.* 15. *n.* 129.

50

Quaeritur 2. quid faciendum casu, quo alicui sepultura ecclesiastica concessa fuit, cui illa negare debuit? Resp. 1. si ossa ita sepulti ab aliorum fidelium corporibus discerni possint, exhumari debent, et ab ecclesiastica sepultura procul abjici; *c. sacris* 12. *h. t.* Dixi, *si discerni possint*; nam si discerni nequeant, non expedit illa extumulari ad vitandam vexationem cadaverum ceterorum fidelium, ut habetur *c. cit.* et additur *ibidem* ratio; quia *licet non obsit justis sepultura nulla, vel vilis impiis tamen celebris, et speciosa non prodest.*

51

2. Si sepultus sit excommunicatus denuntiatus, et vitandus, ecclesia, vel coemeterium, in quo sepultus est, reconciliari debet, quia per sepulturam ejusdem pollutum censetur; *c. consuluit* 7. *de consecr. eccl. vel altar.* Addidi *denuntiatus, et vitandus*; nam si defunctus ibi sepultus sit excommunicatus quidem, sed toleratus (ut in Germania sunt lutherani) etsi licite in loco sacro sepeliri nequeat (cum valde indecens sit in tali loco sepeliri, qui praecisus est ab ecclesia, nec suffragiorum ecclesiae capax) si tamen sepultus ibidem sit, per ejus sepulturam locus sacer non violatur, cons. reconciliatione non indiget, ut cum communi advertit Pirh. *hic n.* 70.

52

3. Si sepultus sit infidelis non tantum corpus ejusdem extrahendum, et ecclesia reconcilianda est, sed etiam ligna, et parietes illius radendi, atque lavandi sunt, ut praescribitur *can. ecclesiam* 28. *dist.* 1. *de consec. Proceditque hoc*, non tantum casu, quo corpus infidelis ibidem sepultum est, antequam consecraretur ecclesia, ut consecrari possit; sed etiam postquam consecrata est, ut missae, et divina officia celebrari in ea possint, ut satis clare colligitur ex *can. cit.* ubi tantum excipitur; *Si fideles fuerint, qui in ea sepulti sunt:* igitur dispositioni primae hujus *can.* subjacebit ecclesia, in qua post consecrationem sepultus est infidelis.

53

4. Qui scienter in loco sacro sepeliunt excommunicatum non toleratum, aut usurarium manifestum, aut nominatim interdictum, praeter reatum peccati mortalis censuram excommunicationis ipso facto incurrent, a qua absolvi prius non debent, nisi postquam ad arbitrium episcopi dioecesani competentem satisfactionem exhibuerint iis, quibus eo facto injuria irrogata est, prout statuitur *c. quicunque* 2. *pr. de haeret. in* 6. *et clem. eos qui* 1. *h. t.*

54

Dubium est, quid requiratur, ut incurratur haec poena? Resp. 1. requiritur, ut qui reus fit hujus poenae, corpus excommunicati, usurarii etc. sepeliverit propriis manibus, vel mandato suo procuraverit sepeliri. Hinc ab ejusmodi censura immunes sunt, qui consulunt, vel non impediunt, qui funus comitantur, vel cantant, aut crucem, et luminaria deferunt; qui suis humeris cadaver ad sepulchrum deferunt, vel sepulchrum effodiunt; modo postea corcorpus ei non inferant, Pirh. *hic. n.* 80. *Ratio est*, quia vere, et proprie non sepeliunt, et licet aliquo modo cooperentur, cooperantur tamen solum remote, ut adeo *constitutio clementina cit.* quippe poenalis, ad istos extendi non debeat.

55

2. Requiritur, ut in loco sacro sepeliverint. Hinc excommunicationem non incurrunt, qui ejusmodi corpora sepeliunt in loco profano: quod probabilius verum est, etiamsi locus ille sit vicinus, vel contiguus ecclesiae, aut coemeterio, ut contra Abb. *in c. sacris* 12. *hoc tit. n.* 3. cum communi advertit gloss. *in clem. cit. V. coemeteriis. Exicipitur*, nisi ad ejusmodi locum efferatur cum pompa funebri, et ceremoniis ecclesiasticis; cum enim pompa funebris ordinetur ad sepulturam ecclesiasticam, dum hac privantur excommunicati, etiam illa privati censentur; Pirh. *n.* 80. *cit. not.* 4.

THE INSTITUTE OF MEDIAEVAL STUDIES
ST MICHAEL'S COLLEGE

56

3. Requiritur, ut scienter in loco sacro excommunicatum etc. sepeliverint, nam qui ex ignorantia, etiam culpabili, praedictos in tali loco sepeliunt, ab hac censura sunt liberi: et ratio est, quia *clem. cit.* poenam istam solum fert in eos, qui *scienter praesumunt* tales sepelire in loco sacro.

4. Requiritur denique, ut sponte, nulla vi, aut metu coacti hoc fecerint. Et hinc qui gravi metu coacti hoc fecerunt, pro excommunicatis haberi non debent, ut colligitur ex *eadem clem.* ibi, *qui propriae temeritatis audacia etc.*

57

Quaeritur 3. quinam excommunicati priventur sepultura ecclesiastica? *Certum est* 1. ea privari excommunicatos vitandos, cujusmodi post *concil. constant.* et in eo editam *constitutionem Martini V.* incipit *Ad evitanda scandala*, sunt notorii percussores clericorum, et publice, ac nominatim denuntiati. Patet ex *c. sacris* 12. *h. tit. et c. episcoporum* 8. *de privil. in* 6. ubi ipsis jus sepulturae sacrae aperte adimitur. *Excipitur* 1. nisi viventes reconciliationem petierint, nec per eos steterit, quo minus reconciliarentur: tunc enim post mortem ab excommunicatione absolvendi, et sepulturae ecclesiasticae, sed non ante absolutionem mandandi essent; *arg. c. a nobis* 28. *de sent. excommunic.*

Certum est 2. sepeliri in loco sacro posse excommunicatum toleratum, saltem occultum. Ita facile omnes, et demonstrat hoc etiam ratio; quia cum privatio sepulturae sit evitatio publica, etiam requirit causam publicam, ne alias poena excedat delictum, et is, qui praesumitur bonus, hac ratione infametur.

58

Punctum controversiae versatur in eo, utrum in loco sacro sepeliri possit excommunicatus toleratus, sed publicus? Negant cum quibusdam aliis Zoes. *h. tit. n.* 9. et Engl *n.* 19. sed ex ratione diversa: *Prior* ideo, quia putat per sepulturam uniuscujusque excom; municati, etiam non vitandi, violari ecclesiam, seu locum sacrum- *posterior* autem, quia ait *constitutio Martini V. cit.* nullum favorem indultum esse excommunicatis; esset autem maximus favor, si vi illius excommunicati non vitandi gaudere possent sepultura ecclesiastica: ergo etc.

59

Sed dicendum est, probabilius excommunicatos non vitandos quoscunque, si datis poenitetiae signis decesserint, in loco sacro sepeliri posse, quamvis expediat, ut antequam in tali loco mandentur terrae, ab ea excommunicatione absolvantur. Ita Suar. *de censur.*

D. 12. *sect.* 4. *n.* 5. Pal. *tr.* 29. *D.* 2. *p.* 6. *n.* 12. Petra *tom.* 2. *comment. f.* 397. *n.* 48. Pirh. *hic n.* 68. Vviest. *n.* 5. et hoc teste communius DD. *Ratio est*, quia *constit. Martini V. citt.* fidelibus permissa est communicatio externa cum ejusmodi excommunicatis; nec distinguitur inter vivos, et mortuos.

60

Neque urgent rationes contrariae. *Ad primum* Zoesi dictum est *n.* 51. per sepulturam excommunicati tolerati locum sacrum non violari: et ratio est, quia violatio haec ecclesiae fundatur in prohibitione sepeliendi excommunicatum in loco sacro, quae prohibitio per *constit. Martini V. cit.* restricta est ad solos excommunicatos vitandos. *Ad secundam* P. Engl non obest, quod *constitutio cit.* excommunicatis non faveat; quia prohibitio sepulturae proprie non cadit in ipsos excommunicatos, cum sepelire seipsos nequeant, sed in alios fideles; his autem post concilium constantiense, et *const cit.* non magis prohibita est communicatio, quae fit in sepultura, quam alia inter vivos.

61

Dubitatur, a quo absolvi possit, et debeat excommunicatus in articulo mortis, ut gaudere possit ecclesiastica seepultura? Resp. Absolvi potest a quolibet etiam simplici sacerdote, salem si alius ordinariam vel delegatam potestatem absolvendi ab excommunicatione habens non adsit. *Proceditque hoc*, etsi censura sit reservat papae; quia in articulo mortis omnis reservatio cessat, idque ob necessitatem, ne occasione denegatae absolutionis aliquis pereat, ut loquitur Trid. *sess.* 14. *cap.* 7. *de poenit.*

62

Dixi, *saltem si alius ordinariam, vel delegatam potestatem absolvendi ab excommunicatione habens non adsit;* nam multi cum Laym. *l.* 5. *theol. tr.* 6. *c.* 12. *n.* 14. docent, si talis aliquis sacerdos adsit, v. g. parochus, vel regularis privilegiatus, simplicem sacerdotem ne quidem in articulo mortis absolvere valide a peccatis mortalibus, et censuris posse: quod probant ex eo, quia sacerdoti simplici in articulo mortis concessa est haec potestas ob necessitatem; concessio autem ob necessitatem facta praecise durat tamdiu, quamdiu durat necessitas; haec vero cessat praesente alio, qui potestatem absolvendi habet: ergo etc.

63

Verum quia complures TT. et canonistae contrarium tenent, et existimant, etiam praesente ordinario quemlibet sacerdotem in articulo mortis posse absolvere, hinc in praxi tutum erit sequi sententiam ex his duabus, quam quis voluerit.

A quocunque autem fiat absolutio ab excommunicatione, fieri debet secundum praescripta canonum, ut innuitur *c. fin. h. tit.* videlicet, ut excommunicatus prius non absolvatur, quam realem satisfactionem parti laesae praestiterit, vel saltem, si statim exhiberi non possit, cautionem, seu promissionem satisfaciendi dederit.

64

Quaeritur 4. quando ecclesiastica sepultura privandi sint suicidae, seu qui seipsos occiderunt, aut in proximum periculum mortis se conjecerunt? Resp. tum solum quando id fecerunt sponte, et nulla urgente causa, et insuper constat, quod ipsemet sibi quis manus intulerit, nec defacto poenituerit; *c. placuit* 12. *caus.* 23. *q.* 5.

Ex quo sequitur, sepultura ecclesiastica privari non posse 1. qui seipsos occiderunt furore, amentia, aut alia mentis alienatione; Pirh. *hic n.* 65. Vviest. *n.* 7. praepos. Frising. *cons.* 15. *n.* 217. R. P. Schmier *p.* 3. *de jurib. eccl. c.* 2. *n.* 33.

65

Si casu id factum sit, qualis est cum qui ad puteum accedit aquam hausturus, in eum prolabitur, et aqua suffocatur; Vviest. *n.*8.

3. Si quis in flumen, vel per fenestras praecipitem se dederit, ut malum sibi impendens evitaret, v. g. incendium, insidias, vel aliud vitae, aut etiam pudicitiae periculum; Pirh. *n.* 64. et colligitur ex *c. ex parte* 11. *h. tit.*

4. Siquis animo se occidendi seipsum lethaliter vulneravit, aliquamdiu tamen supervixit, et poenituit; Sylv. *v. sepultura q.* 6. §. *tertio in fin.* Samuell. *tr.* 2. *de sepultur. D.* 1. *contr.* 4. *n.* 2.

66

5. Siquis reperiatur mortuus in puteo, vel e laqueo suspensus, in flumine submersus, veneno, vel alio simili modo interfectus, ut non constet, quod a seipso interfectus sit; Farin. *prax. crim. q.* 128. *n.* 19. Covar. *var. l.* 2. *c.* 1. *num.* 11. Barbos. *de offic. paroch. c.* 26. *n.* 49. Engl *hic n.* 20. Pirh. *n.* 65. Vviest. *num.* 8. Petra *tom.* 2. *comment. fol.* 398. *n.* 51. praepos. Frising. *tom.* 1. *cons.* 15. *n.* 420. R. P. Schmier *l. cit. num.* 34. et alii apud istos. *Ratio est*, quia in dubio praesumitur potius casu, aut per vim, vel insidias ab alio, quam sponte, et a seipso interfectus esse, cum de nemine praesumatur delictum, praesertim adeo grave; *arg. l. merito* 51. *ff. pro socio.*

67

Quaeritur 5. an fideles, ob gravia delicta ultimo supplicio affecti, si poenitentes obierint, in loco sacro sepeliri possint? *Rationem dubitandi* facit textus *can. placuit* 12. *caus.* 23. *q.* 5. in quo sepultura ecclesiastica denegatur iis, qui pro suis sceleribus ultimo

supplicio affecti sunt. Sed respondendum est affirmative. Ita Abb. *in c.* 11. *h. tit. n.* 4. Covar. *l.* 2. *var. c.* 1. *n.* 11. Pirh. *hic n.* 62. Schambog. *n.* 27. *et* 28. Vviest. *n.* 12. *et* patet ex *can. quaesitum* 30. *caus.* 13. *q.* 2. *Ratio est*, quia ecclesia non negat ecclesiasticam sepulturam, quibus concedit sua sacramenta, ut colligitur ex *can. quaesitum cit.* atqui extremo supplicio afficiendis, si vere poenitentes sint, ecclesiastica sacramenta sua non negat: ergo etc. *Neque* obstat *can. placuit cit.* nam ut gloss. *ibid. v. pro suis sceleribus* notat, id intelligendum est, nisi fuerint contriti.

68

Majoris indaginis difficultas est, an rationabilis, vel saltem tolerabilis sit consuetudo, quia certorum reorum corpora in poenam criminis, ad aliorum exemplum, vel in perpetuum, vel ad certum tempus in loco publico suspensa, et insepulta relinquuntur. Negant nonnulli cum Brunnem *in l. corpora* 1. *ff. de cadaver. punitor.* et probare istud videntur complures juris utriusque textus. 1. Quia, ut ex *can. quaesitum cit.* est annotatum, ecclesia sepulturam in loco sacro non negat iis, quibus concedit sua sacramenta. 2. Quia, ut dicitur *l. fin. C. si reus, vel accusat. mort. et l. defuncto* 6. *ff. de public. judic.* reo defuncto, crimen, et ipsa etiam criminis poena extinguitur. 3. Quia *l. cum sit* 6. *C. de sepulchr. violat.* prohibetur mortuorum reliquiis ulla fieri injuria. 4. Quia *l. corpora* 1. *et l. fin. ff. de cadaver. punitor.* jubentur corpora capite damnatorum, et animadversorum dari cognatis, et quibusvis aliis ea petentibus.

69

Verum hi textus plus non probant, quam quod non passim, et omnia animadversorum cadavera sine discrimine ad hominum spectaculum, et ferarum laniatum relinqui insepulta possint; hoc enim inhumanum, et cons. a ratione alienum omnino foret. *Dicendum ergo*, si atrociora sint crimina, ad hominum terrorem, animadversorum cadavera suspensa furca, implexa rotae, palo suffixa etc. relinqui sine sepulturae honore posse. Ita Covar. *c.* 1. *cit. n.* 11. Perez *in C. si reus, vel accusat. mort. in fin.* Zoes. *ff. de cadav. punitor. a n.* 1. Petra *tom.* 2. *comm. fol.* 397. *n.* 50. Schm. *hic n.* 27. Vviest. *n.* 15. *Ratio est*, quia ex tali exemplo in totam communitatem redundat utilitas publica, quae semper praevalere debet bono privato, quod sacra sepultura defuncto affert. *Conf. a pari*; quia a nemine reprobatur consuetudo, qua punitorum cadavera ad anatomiae, et alios artis suae usus conceduntur medicis, ut inde eruant aliqua suae artis arcana ad procurandam sanitatem corporum: atqui sanitas corporum minus curanda est, quam felicitas reip. quae

procurator exponendo in furcis, et rotis morte punitorum cadavera: ergo etc.

70

Quaeritur 6. quid faciendum de cadaveribus reorum, qui ex vulnere, morbo, vel casu moriuntur in carcere, aut occiduntur, dum fugam ex eo parant, vel capiunt?

Resp. in his adhibendam distinctionem, quam insinuat Farin. *prax. crim. q.* 10. *n.* 78. *et* 79. Nam si de crimine, cujus rei aguntur, condemnati jam sunt, aut saltem de illo per judicialem confessionem, legitimam probationem, aut facti evidentiam legitime, et ita constat, ut ipsis nulla prorsus defensio competat, concedendum est ejusmodi cadavera, si crimen insuper atrox, aut publice perniciosum sit, ea, quam vivi merebantur, ignominia affici, et in furcam, vel rotam agi, ibique relinqui posse.

Secus, si nec condemnati, nec convicti, aut in notorio, et flagaranti crimine deprehensi sint; nam in horum cadavera eo rigore non potest procedi, neque etiam de consuetudine proceditur: et ratio clara est; quia talis ante legitimam probationem criminis in furcam, aut rotam agi non poterat vivus: igitur multo minus poterit mortuus.

71

Quaeritur 7. quid agendum, si mater moriatur praegnans? Resp. iterum cum distinctione: vel enim simul cum matre etiam proles est mortua, vel adhuc vivit, matre mortua, vel saltem dubium est, an vivat?

Si simul cum matre etiam proles sit mortua, non est exsecanda ex ventre matris defunctae, sed una cum illa sepeliri debet, ut notat gloss. *in can. si quidquid* 35. *de consecr. dist.* 4. Sylv. *V. sepultura q.* 10. *dict.* 1. Pirh. *hic n.* 63. Vviest. *n.* 3. *Ratio est*, quia foetus est pars ventris, seu matris; *l. temporibus* 1. §. *et hoc rescripto* 1. *ff. de inspiciend. ventr. et custod. part.*

Si vero partus adhuc deprehendatur vivere, aut dubium sit, an vivat, mater scindi debet, postquam est mortua, et foetus extrahi, ut baptizetur; Sylv. *l. cit.* dixi, *postquam est mortua*; dum enim vivit, scindenda non est, si sine periculo mortis inferendae scindi non possit, ut cum Sylv. notat Pirh. *l. cit.*

§. VI.

De jure sacrae sepulturae, et hujus sumptibus.

SUMMARIUM

72

Quaeritur 1. an jus sepulturae sacrae dari alicui possit? Resp. Quaestionem hanc quadrupliciter formari posse. 1. An dari alicui jus sepulturae possit, ita, ut fiat dominus sepulturae? 2. An alicui jus istud dari possit, ut ipse in sua ecclesia possit sepelire alios, qui id petierint? 3. An dari sic possit, ut quidem non transferatur dominium loci sacri, transferatur tamen jus sepeliendi, et usus loci sacri, qui uni ecclesiae competebat, et tribuatur alteri ecclesiae, vel monasterio? 4. Denique an possit jus istud dari, ut ipse, et sui in certa ecclesia, vel loco sepeliantur, neque ipsis invitis alius extraneus in eo sepeliri possit?

73

Primo modo jus sepulturae, etiam authoritate episcopi, dari nequit, quia res sacrae, et religiosae, qualis est sepultura, et locus sepulturae sacrae, non possunt esse sub dominio alicujus. *Secundo modo* spectatum jus sepulturae dare potest summus pontifex pro tota ecclesia, et episcopus pro sua dioecesi, sed hic nonnisi ex justa causa, et cum consensu capituli, ut dictum est *n.* 7. *Tertio modo*, cum alienatio quaedam sit, indiget solemnitate requisita in alienatione rerum ecclesiasticarum. *Quarto denique modo* concedi potest locus sepulturae a quolibet habente liberam sepulturam, sive jus admittendi alios ad sepulturam in sua ecclesia, vel loco sacro:

neque opus est speciali consensu episcopi, quia sic admittens ad sepulturam habet facultatem a jure communi, vel ex legitimo speciali privilegio concessam; Pirh. *hic n.* 33.

74

Dub. 1. quot modis possit aliquis habere sepulchrum proprium ad usum? Resp. duobus modis. 1: ut sit commune toti familiae, pro se sc. uxore, et liberis utriusque sexus per lineam masculinam descendentibus; tale sepulchrum *familiare* dicitur: possuntque in eo sepeliri etiam haeredes non tamen extranei sine consensu ipsorum, ad quos jus istud pertinet.

2. Ut sit constitutum pro se, et haeredibus suis; et hoc *haereditarium* appellatur: et admittuntur ad illud haeredes tantum; cons. ad familiares illud se non extendit, nisi simul haeredes sint; *l. familiares* 5. *et l. seq. ff. de relig. et supt. funer. l. in sepulchrum* 4. *et l. jus sepulchri* 13. *C. eod.* Molin. *tr.* 2. *de J. et J. D.* 214. *n.* 5. *et* 6.

75

Dub. 2. quomodo acquiratur jus sepulturae familiaris, aut haereditariae? Resp. olim tale jus sepulturae acquirebatur, siquis in loco, vel fundo suo sepulchrum aedificavit. Hodie ad acquirendum jus sepulturae pro se, et familia sua, vel haeredibus, cum exclusione extraneorum, requiritur licentia ab iis concessa, qui eam dare possunt, ut sunt episcopus, sive ordinarius loci, vel ex privilegio etiam religiosi, qui illam in suis ecclesiis, capellis, coemeteriis concedere possunt. Debet tamen cum licentia aedificandi sepulturam accedere ipsa aedificatio subsecuta; nam ad hoc, ut privative quoad alios jus sepulturae acquiratur in certo loco, non sufficit sola licentia sepulturam ibidem aedificandi. Multo minus quaesitum tale jus censetur ex solo cursu decennali, et cadaverum illatione; vel ex jure patronatus, quod quis habet in ecclesia. Videatur Barb. *de offic. paroch. c.* 26. *n.* 12. *et duob. seq.*

76

Dub. 3. an ecclesia locum, alteri ad sepulturam familiarem, vel haereditariam datum, concedere possit aliis? Resp. Potest, extincta tota familia, vel haeredibus deficientibus, quia tunc jus illud redit ad ecclesiam, sicut mortuo usuario, usus redit ad proprietarium; *l. pen. C. de usufr.* Imo etiamsi superstites adhuc aliqui sint de familia, vel haeredibus, potest praelatus ecclesiae, etiam invitis illis, propter necessitatem, vel aliam justam causam, extraneum aliquem admittere ad sepulturam in tali loco; Abb. *in c.* 13. *h. tit. n.* 5. Sylv. *V. sepultura q.* 1. *dict.* 2. Barbos. *de offic. et potest. paroch. c.* 26. *cit. n.* 15. Pirh. *hic n.* 34.

77

Quaeritur 2. ad quid teneantur religiosi, vel clerici saeculares, si in suis ecclesiis sepelire praesumant aliquem, qui de jure in aliqua parochia sepeliri debebat? Resp. Debent restituere corpus, seu cadaver sepultum, una cum omnibus, quae ratione illius acceperunt. Ita statuitur *c. ex parte* 5. *et c. in nostra* 10. *h. tit.*

Neque obstat, quod alias defunctorum corpora, sepulturae semel tradita, exhumari, et alio transferri prohibeantur, ut constat ex *l. nemo* 14. *C. de religios. et sumpt. fun.* et ex *declaratione s. congr. episc. et regul. edita* 11. *sept.* 1643. qua reprehendi jussi sunt regulares, quod cadaver sepultum in sua ecclesia, ut a curia saeculari recognosceretur, sine consensu episcopi permiserint exhumari, ut refert Laur. de Franchis. *contr. episcop. et regul. p.* 2. *q.* 66. *n.* 2. *Non*, inquam, *hoc obstat*; quia casus noster est specialis, et jus speciale communi derogat, illudque restringit.

Proceditque hoc etiam casu, quo raptor cadaveris esset parochus; nam et ipse funus, et quae intuitu ipsius acquisivit, restituere debet, ita, ut ne quidem ei debeatur portio canonica, nisi tamen componere cum eo illi, qui injuriam passi sunt, velint; Barb. *in c.* 6. *h. tit. n.* 3.

78

Dub. 1. ubi sepeliendum sit cadaver defuncti, si alia ecclesia asserat sibi competere jus sepulturae ex causa speciali, vel quia in ecclesia illa dicitur esse sepulchrum majorum defuncti, vel quia praetenditur, quod defunctus ibi sepulturam elegerit?

Resp. Si lis ista tam cito decidi nequeat, sepeliendum esse in ecclesia parochiali, etiam appellatione postposita; quia sepultura hominis non recipit dilationem; *l. ne corpora* 38. *ff. de religios. et sumpt. funer.* Porro onus probandi incumbit ecclesiae asserenti, quod sibi jus sepeliendi competat contra ecclesiam parochialem; quia ecclesia parochialis intentionem fundatam habet, quod parochiani sui in illa sepeliri debeant, ut bene advertit Pirh. *hic n.* 41.

79

Dub. 2. an corpus defuncti sepultum alibi, quam altera ecclesia praetendat, ante omnia restitui debeat, si ecclesia haec fuit, et est in possessione juris sepeliendi?

Resp. non esse restituendum, nisi prius ecclesia talis probet jus, seu titulum proprietatis, saltem apparenter justum, ut latius dictum est *lib.* 2. *tit.* 13. *n.* 30. ubi ostenditur, casum istum a regula generali, quae spoliatum ante omnia restitui jubet, exceptum esse: et quidem merito ad evitandam vexationem cadaveris, quae alias sequi posset; posset enim contingere, ut pars, seu ecclesia,

conventa interdicto possessorio, probaret titulum proprietatis, seu jus sepeliendi sibi competere: quo casu corpus iterum exhumandum, et restituendum esset, cum causa proprietatis absorbeat causam possessionis.

80

Quaeritur 3. an pro sepultura aliquid exigi, vel accipi possit? Resp. Postquam fundus aliquis semel ad fidelium sepulturam est deputatus, benedictus, vel consecratus, neque pro ipso fundo, neque pro jure sepeliendi in illo, neque pro ipso actu sepulturae sine simoniae vitio aliquid tanquam pretium accipi, vel peti potest. *Ratio est* manifesta; quia haec omnia spiritualia sunt, et spirituale pretio temporali vendi non potest.

81

Dixi, *postquam est consecratus*, et *tanquam pretium*; nam si res temporalis non habeat rationem pretii, aut non detur pro re sacra, peti illa, et accipi potest. In specie potest aliquid licite peti, et accipi. 1. pro fundo, seu terra nondum sacra, vel benedicta, ut in coemeterium convertatur; quia terra illa est res mere temporalis, et pretio aestimabilis: igitur sicut aurum pro calice, et fundus pro ecclesia aedificanda emi, et vendi potest, ita etiam terra pro constituendo coemeterio. 2. Pro loco sepulturae digniore, aut pro obligatione non admittendi ad certum aliquem coemeterii locum, vel sacellum, nisi cadavera defunctorum ex certa familia; quia hujusmodi obligatio accidentalis, et pretio aestimabilis est. 3. Pro conservatione, et reparatione coemeterii, vel loci specialis sepulturae. 4. Pro sustentatione ministrorum, et stipendio clericorum ad id ex officio suo non obligatorum. 5. Si fideles tali occasione aliquid sponte, et ex devotione offerant parocho. 6. Si parochus aliter sustentationem congruam, et sufficientem non habeat. 7. Si consuetudine legitima introductum sit, ut pro sepultura aliquid detur. Vide Barbos. *de offic. et potest paroch. cap.* 26. *citt. a n.* 16. Pirh. *hic n.* 35. Vviest. *num.* 49.

82

Dubitatur, an siquis habeat sepulchrum proprium, suis sumptibus emptum, et aedificatum pro se, et suis, vendere illud quoad proprietatem possit juxta valorem fundi, et habito respectu ad solas expensas in eo aedificando factas?

Affirmant Suar. *l.* 4. *de simon. c.* 14. *n.* 18. Negat communior DD. cum Abb. *in c.* 13. *h. tit. n.* 4. *Ratio est*, quia postquam locus aliquis ad fidelium sepulturam publica authoritate ordinarii praelati deputatus, benedictus vel consecratus est, non amplius est in ullius privati dominio, ac propterea vendi non potest: atqui talis locus

est etiam sepulchrum proprium familiae christianae in ecclesia, vel coemeterio aliquo positum: ergo etc. Idem dicendum de structura, et ornamentis sepulchri; ea enim, cum sint superaedificata, et imposita loco sacro, censetur esse sacra, et in nullius dominio esse.

Neque dicas, non vendi jus spirituale sepulturae, sed materiale; nam cum hoc sit inseparabiliter connexum cum spirituali, non potest quis vendere materiale, nisi etiam spiritnale vendere censeatur juxta *can. siquis* 7. *caus.* 1. *quaest.* 3.

Quodsi jus sepulturae annexum sit castro alicui, vendito castro, non quidem venditum censebitur jus sepulturae, per consequentiam tamen etiam ipsum ad emptorem transibit, sicut in simili contingit, quando ejusmodi castro annexum est jus patronatus.

§. VII.

De portione canonica parochiali.

SUMMARIUM

83 *Quid sit portio canonica parochialis? et unde pendenda?*
84 85 *Cui?*
86 87 *A quo?*
88 89 90 *Quibus casibus non debeatur?*
91 *Pars quarta illius a parochia praestari debet episcopo?*
92 *Quomodo?*
93 *Quaenam pars prius deducenda sit, portio parochialis, an episcopalis?*

83

Quaeritur 1. quid sit *portio canonica parochialis? Resp. Est pars eorum*, quae occasione funeris, et sepulturae corporis, extra parochiam tumulati, obvenerunt ecclesiae, in qua ejusmodi corpus tumulatum est. De jure fere est quarta *cap. cum super* 8. *hoc tit.* de consuetudine aliquando tertia, et aliquando media *cap. nos instituta* 1. *et cap. relatum* 2. *h. tit.* vel potius secundum gloss. *in cap. nos instituta cit. V. tertiam*, et textum *cap. certificari* 9. *eod.* pro temporum, et locorum varietate varia.

Penditur ex omnibus, quae occasione funeris obvenerunt tali ecclesiae: adeoque non tantum de legatis piis, sed etiam de aliis, quae ecclesiae illi per ultimam voluntatem relicta sunt, de oblationibus, quae occasione funeris ibidem factae sunt, de commodis ceteris, quibus intuitu funeris fruita est etc. ut aperte colligitur ex *cap. nos instituta cit.* et notat Abb. *ibid. n.* 7. Molin. *tract.* 2. *de*

J. et J. D. 214. *n.* 4. Pirh. *hic num.* 44. Vviest. *n.* 51. Spectanda tamen in his omnibus est consuetudo, ut hoc loco AA. monent.

84

Quaeritur 2. quibus portio haec solvi debeat? Resp. Solvi debet ecclesiae parochiali, in qua defunctus alioquin sepeliri debuisset, sive in illa parochia sit mortuus, sive in alia; *cap. nos instituta cit.* et aliis pluribus textibus *h. tit.* Ratio portionem istam attribuendi parochis datur *cap. cit.* quia dignus est operarius mercede sua 1. *Tim.* 5. *v.* 18. et qui fuerunt passionum socii, esse debent et consolationum; 2. *Corinth.* 1. *v.* 7. cum igitur parochus sustineat onus celebrandi divina officia, et parochianis suis, dum vivunt, sacramenta, aliaque spiritualia ministrandi, aequissimum erat, ut eidem praestaretur saltem portio eorum, quae occasione funeris, et sepulturae alicujus parochiani monasterio, vel ecclesiae alteri extraneae obveniunt, ne debitis sibi subsidiis defraudetur.

85

Quodsi defunctus duo domicilia habuit in duabus parochiis, est distinguendum; nam si sacramenta, aliaque divina, dum vivebat, in utraque percepit, portio canonica inter utramque dividenda est, ut decisum est *cap. cum quis* 2. *vers. cum ab eo h. tit. in* 6. At si in una solum sacramenta, aliaque divina percepit, vel in una quidem percepit sacramenta, in altera officia divina audivit, communior sententia cum Sylv. *V. canonica portio quaest.* 14. vult totam attribuendam illi ecclesiae, in qua defunctus sacramenta percepit: quod colligitur ex *cap. nos instituta cit.* ubi tertia pars jubetur dari illi ecclesiae, in qua defunctus coelesti pabulo refici consuevit: cui consonant *cap. cum quis cit. et Clem.* 2. *h. tit.*

86

Quaeritur 3. a quo solvi portio ista debeat? Resp. Solvi debet ab illa ecclesia, in qua sepultura electa est; *cap. nos instituta cit. cap. in nostra* 10. *et Clem. dudum* 2. *h. tit.*

Proceditque hoc 1. etsi ecclesia illa haberet privilegium sepeliendi eos, qui apud ipsam sepulturam eligunt, prout constat ex *cap. in nostra cit.* quia privilegium ejusmodi intelligi debet conformiter jure communi: hoc autem jure quarta parochialis solvenda est parocho generatim, et sine exceptione, si alibi sepultum sit corpus parochiani.

Procedit 2. etsi talis ecclesia, in qua parochiani corpus sepultum est, sit exempta, ut colligitur ex *Clem. dudum cit. V. verum ne h. tit. Ratio est*, quia portio parochialis ecclesiae parochiali solvitur, quod in ista defunctus sacramenta, aliaque divina perceperit,

vel de jure debuerit percipere : quae ratio aeque procedit, sive parochianus sepultus sit in ecclesia exempta, vel non exempta.

87

Proceditque 3. etsi parochianus ecclesiae inferioris sepultus esset in ecclesia cathedrali: nam adhuc portio canonica ex mortuariis solvi debet ecclesiae parochiali, cum etiam hoc casu urgeat praedicta ratio.

Procedit 4. etsi defunctus ad monasterium se transtulerit; nam si in infirmitate constitutus ad illud se transtulit, et in ea infirmitate decessit, de bonis monasterio relictis a defuncto, ecclesiae parochiali, cujus parochianus fuit, debet solvi portio parochialis canonica, ut habetur *cap. de his* 4. *h. tit.*

Procedit 5. etsi quis sepultus sit in sepulchro majorum; per hoc enim, quod sepulchrum alibi habeat, non desinit esse parochianus suae parochiae; Pirh. *hic n.* 53.

88

Quaeritur 4. quibus casibus portio canonica non debeatur? Resp. 1. non debetur ex iis, quae defunctus reliquit aliis ecclesiis, ab ecclesia sepulturae suae distinctis; gloss. *in cap.* 1. *V. judicii h. t.*

2. Si relictum sit aliquid ecclesiae, in qua funus ad tempus solum depositum est, suo tempore alio transferendum ad sepulturam perpetuam; quia in tali ecclesia sepulturam proprie non habet; Azor. *p.* 2. *l.* 9. *cap.* 13. *quaest.* 4. *cas.* 13.

3. Si relictum sit ecclesiae, in qua sepulturam defunctus accepit, pro ornamentis, fabrica, anniversario, et ad cultum divinum perpetuum, sine fraude tamen; Barb. *de offic. paroch. cap.* 25. *n.* 47.

4. Si donatum, vel legatum sit aliquid testamento ante sepulturam electam condito, adeoque independenter a sepultura, a defuncto electa in tali ecclesia; Azor. *l. cit. cas.* 10.

5. Si ecclesia parochialis diu nimis vacavit, ut defunctus in illa sacramenta, aliaque divina percipere non potuerit; quia tunc cessat ratio illius exigendae, et cons. etiam jus ad illam; Vviest. *hic num.* 53.

89

6. Si eadem ecclesia, dum defunctus decessit, non propria defuncti, sed parochialis rectoris, culpa fuit interdicta; quia tunc in ea defunctus sepeliri de jure nec potuit, nec debuit; Sylv. *V. catholica portio n.* 2. *cas.* 8.

7. Si defunctus sit novitius religionis, et dum sanus erat, ingressus est monasterium, atque in illo, vel alibi, quo sanitatis causa se recepit, mortuus; quia tunc jam desiit esse parochianus alterius ecclesiae; *c. de his* 4. *h. tit.*

90

8. Si legatum ecclesiae parochiali a defuncto relictum sit, ea quantitate, ut portionem canonicam ipsi debitam aequet, et ea conditione, ut ultra illud quartae parochialis nomine nihil amplius exigatur; Donat. *tom.* 3. *prax. regul. tr.* 11. *q.* 22.

9. Si monasterium, vel ecclesia a portione canonica praestanda per privilegium apostolicum specialiter exempta sit, prout exempta sunt monasteria, et domus FF. minorum S. Francisci, praedicatorum, et aliorum ordinum mendicantium; Donat. *tr. cit. q.* 4. *et* 5.

10. Si obligationi portionis istius praestandae parocho per consuetudinem legitime praescriptam fuit derogatum: talis autem erit si fuerit 40. annorum cum titulo, vel immemorialis sine titulo; Abb. *in c.* 9. *h. tit. n.* 6. *et* 7.

91

Quaeritur 5. an portio haec canonica ad ecclesiam parochialem tota spectet? Resp. negative; nam quarta pars illius praestanda est a parochia episcopo, tanquam ordinario loci; *arg. c. conquerente* 16. *de offic. judic. ordin.* ubi generatim statuitur, ut mortuariorum, sive legatorum, oblationum, aliorumque funeralium, quae ecclesiis inferioribus obveniunt, quarta pars solvatur episcopo.

Ex quo sequitur 1. casu, quo defunctus extra propriam parochiam sepulturam elegit in loco non exempto, ex iis, quae ecclesiae sepulturae obvenerunt, de jure duas solvendas esse portiones canonicas, unam episcopalem, *c. officii* 14. *et c. requisisti* 15. *de testam.* alteram parochialem, *c. nos instituta et c. cum nuper cit.*

92

Sequitur 2. eodem casu electae sepulturae in ecclesia non exempta episcopum duas ejusmodi portiones consequi; unam enim consequitur ab ecclesia sepulturae ex iis, quae ipsi permanent, ut paulo antea dictum est; alteram a parochia, in qua defunctus de jure sepeliri debuit, videlicet quartam quartae portionis parochialis.

Sequitur 3. casu, quo sepultura electa est in loco exempto, episcopo unam solum deberi portionem canonicam, videlicet quartam portionis praestandae parocho; nam ecclesia exempta portionem canonicam ex iis, quae ipsi obveniunt, non solvit.

93

Quaeritur 6. quaenam pars prius deducenda sit, portio parochialis canonica, an episcopalis? Resp. prius deducendam portionem parochialem, et tum primum episcopalem, ut cum communi advertit Abb. *in c.* 9. *h. tit. n.* 11. *Ratio est*, quia portio parochialis debetur ab ipso testatore, episcopalis vero ab ecclesia tum lega-

taria, tum parochiali, vel sepulturae. Accedit, quia parochus habet magis specialem curam quam episcopus.

TITULUS XXIX.

De parochiis, et alienis parochianis.

Cum juxta dicta *tit. praec.* de jure quilibet in parochia propria sepeliendus sit, hinc merito a sepulturis ad parochias, et harum constitutionem, jura, et limites describendos transitur.

§. I.

De parochiae constitutione.

SUMMARIUM

1 2 *Diversa acceptio nominis* parochia, *et* paroecia.
3 4 *Requisita, ut ecclesia aliqua dici parochialis possit.*
5 *An ad constitutionem parochiae requiratur fons baptismalis?*
6 *Coemeterium, et jus administrandi alia sacramenta?*
7 *Quis numerus, ut ecclesia aliqua dicatur habere populum?*
8 *An parochia sit beneficium curatum?*

1

Quaeritur 1. quid sit *parochia*, *et paroecia*? Resp. Nomina haec antiquitus diversa sonabant, ut Gonz. *in c. 2. h. tit. n.* 7. notat; nam parochi apud veteres erant, qui peregrinantibus, praecipue reip. causa publice exhibebant necessaria, juxta illud Horatii:

Proxima Campano ponti, quae villula tectum
Praebuit, et parochi, qui debent ligna, salemque.

Et in isto sensu *parochia* erat praebitio, seu spatium intra quod veteres illi parochi tenebantur peregrinantibus necessaria ministrare. At *paroecia* antiquis significabat sacram viciniam, seu plurium domorum conglobationem, vel conventum eorum, qui ejusdem erant fani consortes, qui propterea etiam *paroeci* appellabantur.

2

Hodie sublato isto discrimine, *parochia*, *et paroecia* idem significant, diversa tamen pro diversa istorum nominum acceptione; nam 1. in quibusdam juris canonici textibus parochiae, et paroeciae nomen sumitur *latae*, *et minus proprie* pro tota dioecesi, seu territorio, in cujus populum, et clerum episcopus jurisdictionem spiritualem exercet: et ita accipitur *can.* 14. *et* 33. *apost. can. siquis* 4. *et seqq. dist.* 92. *et c. nullus* 3. *h. tit.* ubi pro dioecesano parochianus ponitur: 2. *stricte*, et in sensu praesentis rubricae pro certa alicujus dioecesis ecclesia, quae populum certis limitibus distinctum habet, et presbyterum, sive rectorem, a quo sacramenta, verbum divinum, aliaque spiritualia eidem ex officio ministrentur: 3. denique, nec minus frequenter sumitur pro ipso territorio, sive districtu, in quo hujusmodi populus alicui ecclesiae deputatus, et intra certos limites constitutus degit; Abb. *in rubric. hic n.* 1. Sylv. *V. parochia*, Pirh. *hic n.* 1. Konig *n.* 3. Vviest. *n.* 1.

3

Quaeritur 2. quid requiratur, ut ecclesia aliqua dici parochialis possit? Resp. 1. et praecipue ad constituendam parochiam requiritur potestas ligandi, et solvendi in foro poenitentiali, seu interno conscientiae: idque ex necessitate muneris parochialis, cujus praecipua pars est fidelibus administrare sacramenta; gloss. *in Clem.* 2. *V. impendant de sepultur.* Abb. *ibid. n.* 28. Card. de Luca *theatr. V. et J. de paroch. discurs.* 23. *n.* 8.

2. Locus certis limitibus constitutus, in quo populus alicui ecclesiae deputatus degit, prout sumitur ex *can. un. caus.* 13. *q.* 1. trid. *sess.* 24. *c.* 13. *de reform.* ibi, *in locis, ubi parochiales ecclesiae certos non habent limites etc.* quia parochi populum regere dicuntur *c. in ecclesiis* 1. *de capell. monachor.*

4

3. Authoritas episcopi designantis eidem limites, et constituentis populum parochianum; *can. nullus* 11. *caus.* 16. *q.* 7. Praesumitur autem ecclesia erecta authoritate episcopi ex lapsu temporis, ex celebratione divinorum officiorum, et sacramentorum administratione, ut cum aliis notat Barbos. *de offic. paroch. c.* 1. *n.* 38. *et* 39.

4. Ut habeat rectorem certum, et quidem unicum; *can. in apibus* 41. *caus.* 7. *q.* 1. *can. praecipimus* 5. *caus.* 21. *q.* 2. *c. cum non ignores* 15. *de praebend.* sicut enim una mulier duos sponsos, et unum corpus duo capita sine monstruositate habere non potest, ita nec una parochia duos parochos; *can. sicut* 4. *caus.* 21. *q.* 2. *Neque obstat*, quod aliquando cura parochialis spectet ad capitulum ecclesiae collegiatae, vel regularis; nam capitulum est una persona fi-

cta, et cons. licet constituatur ex pluribus canonicis, vel religiosis, fictione juris tamen adhuc est unicus rector. Videatur Hieron. Gonzal. *ad reg.* 8. *cancell. gloss.* 6. *n.* 34. *et seq.*

5

Quaeritur 3. utrum ad constitutionem parochie requiratur etiam fons baptismalis, coemeterium, seu jus sepeliendi mortuos, aliaque sacramenta administrandi? Haec quidem requirunt aliqui, et plerumque etiam ecclesiae parochiali competunt. Sed dicendum, etsi illa, quando adsunt, signa sint, ex quibus colligi status ecclesiae possit, non tamen esse signa certa, et cons. ad constitutionem ecclesiae parochialis essentialiter non requiri; Gonzal. *l. cit. n.* 48. *et seq.* Barbos. *de offic. paroch. c.* 1. *n.* 34. Vviest. *hic n.* 8.

6

Ostenditur 1. *de fonte baptismali*; quia ecclesia baptismalis, et parochialis interdum sunt distinctae, ita, ut in una parochia, quae propterea etiam ceterarum *matrix* vocatur, fons baptismi erectus sit pro aliis etiam parochiis, et hae quidem admistrare parochianis suis reliqua sacramenta possint, non vero baptismum.

Ostenditur 2. *de coemeterio*; quia jus sepulturae ex privilegio etiam religiosis mendicantibus, ut dictum est *tit. praec. n.* 6. et ex consuetudine, vel etiam concessione episcopi competere potest aliis praeterea ecclesiis, et capellis saecularibus; Flamin. *de resign. l.* 2. *q.* 1. *n.* 108.

Ostenditur 3. *etiam de administratione aliorum sacramentorum*; quia ex accidenti contingere potest, ut ecclesia parochialis alia sacramenta, quam poenitentia, et eucharistiae administrare nequeat, ut P. Vviest. *l. cit.* notat.

7

Quaeritur 4. quis numerus requiratur, ut ecclesia aliqua dicatur habere populum? Volunt aliqui sufficere decem homines propter textum *can. unio* 3. *caus.* 10. *q.* 3. ibi: *ecclesia, quae usque ad decem habebit mancipia, super se habeat sacerdotem*: nam decem homines, ut ait gloss. *fin. in can. cit.* faciunt plebem, sicut decem oves faciunt gregem; *l. oves* 3. *pr. ff. de abigeis.*

Sed dicendum, ad constituendam parochiam requiri, et sufficere decem, non qualescunque homines, sed patresf. seu totidem familias distinctas. Ita Marsil. *de eccl. redit. p.* 1. *c.* 22. *n.* 10. Barbos. *in can. cit. n.* 20. card. de Luca *de paroch. disc.* 23. *n.* 13. Pirh. *hic n.* 1. Vviest. *n.* 4. et ita habet usus Germaniae nostrae, in qua, si in aliquo oppido, vel pago, ubi haeretici cum catholicis permixti degunt, decem familiae alterutri religioni addictae numerentur, his, et illis parochus concedi solet.

Neque obstat textus *can unio cit* quia ut DD. allegati existimant, ibi pro *mancipia* legendum est *mancipias* seu *municipia:* quae opinio admodum verisimilis est, cum non sit credibile concilium toletanum, ex quo canon iste desumptus est, de mancipiis, seu servis locutum esse.

8

Quaeritur 5. an parochia sit beneficium curatum ? Resp. Solutio hujus quaestionis pendet a duplici acceptione beneficii curati ; nam aliquando sumitur late, prout cura includit etiam potestatem, sive jurisdictionem fori externi, quae exercetur visitando, leges, et censuras ferendo, ab his absolvendo, incarcerando, et alia faciendo, quae ad morum correctionem spectant ; *c. dudum* 54. §. *verum vers. sed cum in jure de elect.* Aliquando vero accipitur proprie, et stricte pro cura, sive potestate, et jurisdictione spirituali, quae in foro poenitentiae interno per sacramentorum, praesertim poenitentiae, et eucharistiae, administrationem ex officio exercetur.

Si primo modo accipiatur beneficium curatum, parochiale beneficium a curato differt ; *si secundo modo*, cum eo fere convenit, ut species cum genere ; dantur enim beneficia curata, quae non sunt parochialia.

§. II.

De juribus parochiarum.

SUMMARIUM

9 10 11 12 *Recensentur 12. jura parochialia.*
13 *Sacramenta administrari parochianis possunt etiam ab alio de licentia parochi, vel ex privilegio apostolico, quale respectu sacramenti poenitentiae, et eucharistiae habent regulares.*
14 *Non tamen respectu baptismi, et extremae unctionis.*
15 *Obligatio parochi ad sacramenta administranda, et parochianorum ad ea suscipienda.*
16 *Munus praedicandi ex officio competit parochis, et episcopis.*
17 *Ex privilegio regularibus mendicantibus, et qui cum ipsis communicant.*
18 *Qui non debent necessario esse constituti in ss. ordinibus.*

9

Quaeritur 1. quae sint jura parochialia? Resp. Haec recensent Abb. *in rubr. h. tit. n.* 2. Host. *in summ. hic n.* 2. Azor. *p.* 2. *l.* 3. *c.* 12. *q.* 4. Card. de Luca *de paroch. discurs.* 24. *n.* 8. Pirh. *hic n.* 3. Schambog *n.* 7. Konig. *n.* 13. Vviest. *n.* 10. *et seq.* Sunt autem sequentia.

1. Fons baptismalis; etsi enim valide, et in necessitate etiam licite baptizare quivis, quamvis laicus, possit, ex officio tamen post pontificem, et episcopum parochianos baptizandi jus competit parochis; *arg. can. in sacris* 56. *caus.* 16. *q.* 1. *c. cum olim* 18. *de praescript.*

10

2. Forum poenitentiale, cui ita subjiciuntur parochiani, ut ab alio sacerdote, vel etiam parocho sine proprii parochi licentia de jure communi, et regulariter valide absolvi nequeant ob defectum jurisdictionis ad absolutionis valorem requisitae; *c. omnis* 12. *de poen. et remiss.*

3. Dispensatio sacramenti eucharistiae; hanc enim dispensare de jure communi ad parochum pertinet, ita ut qui absque illius licentia extra necessitatis casum ea fidelibus ministraret, graviter peccaret, et si religiosus esset, privilegio non munitus, incurreret excommunicationem pontifici reservatam; *Clem.* 1. *de privil.*

4. Solemnizatio, et benedictio matrimoniorum; *Trid. sess.* 24. *c.* 1. *de reform. matr.* ubi aliter, quam coram parocho proprio, vel de hujus, aut ordinarii dioecesani licentia coram alio sacerdote contracta irritantur.

5. Administratio extremae unctionis; quia istam licite non administrat sacerdos, nisi sit proprius infirmi parochus, vel ab hoc delegatus: imo regulares, extra casum necessitatis hoc administrantes, incurrunt excommunicationem reservatam papae; *Clem.* 1. *cit.*

11

6. Auditio missae diebus dominicis, et festis; sicut enim parochi per se, vel per alios illis his diebus celebrare, ita parochiani iisdem diebus illi in propria parochia interesse jure communi antiquo tenentur; *can. in dominicis* 3. *et seq. caus.* 9. *q.* 2. *et c. ut dominicis* 2. *h. tit.* quibus juribus tamen jam per privilegia regularium, et universalem consuetudinem derogatum est, ut adeo nunc quilibet pro sua commoditate etiam diebus festivis, extra parochiam missam frequentare possit.

7. Verbi divini praedicatio, ut patet ex trid. *sess.* 5. *c.* 2. *de reform.* ubi sacra haec synodus parochos obligat, ut diebus dominicis, et festis verbum DEI per se, vel per alios idoneos praedicent.

8. Benedictio, et dispensatio cinerum prima die quadragesimae; palmarum dominica festum paschatis antecedente; cereorum in festo purificationis.

12

9. Benedictio fontis baptismalis, celebratio missae in caena domini, et sabbato sancto, delatio ss. sacramenti, et processiones per parochiam.

10. Denuntiationes matrimoniorum, festorum, vigiliarum, quibus est jejunandum, jubilaeorum, et indulgentiarum.

11. Jus sepulturae, vel portionis canonicae, si sepulturam parochianus alibi eligat.

12. Jus decimarum, primitiarum, et oblationum. De jure sepulturae, et portionis canonicae dictum est *tit. praec.* de ceteris sunt aliqua hic ulterius explicanda. Quare

13

Quaeritur 2. an extra casum necessitatis nullus alius, praeter parochum, parochianis illius administrare sacramenta possit? De quatuor sacramentis procedit quaestio, videlicet de eucharistia, poenitentia, baptismo, et extrema unctione; nam haec sola parochus ministrare, vel administrare parochianis suis potest, et debet. Qua in re

Certum est 1. quod haec sacramenta ministrare, vel administrare possit etiam alius de licentia, et commissione parochi; id enim solum prohibetur ceteris, ne jus parochi violetur, quod non fit, si haec ipso consentiente fiant.

Certum est 2. quod per privilegia sibi a summis pont. concessa regulares mendicantes, et qui cum ipsi in privilegiis communicant, possint in ecclesiis suis, parochorum licentia non requisita, ss. eucharistiam ministrare fidelibus omnibus, quibus ejus sumptio non est prohibita, excepta communione paschali, et sumptione sacri viatici.

Certum est 3. eosdem ex simili privilegio, si ab ordinario approbati, et a superioribus suis expositi sint, ex delegata sibi a pont. potestate posse audire quorumcunque fidelium, quibus id non est specialiter prohibitum, confessiones, non solum intra, sed etiam extra suas ecclesias, e. g. in saecularium aegrotantium domibus, parochorum licentia minime requisita.

14

Dubium est de administratione baptismi, et extremae unctionis: cui occasionem praebet *constitutio Pauli III.* incipit *cum inter*, *edita* 1545. ubi clericis regularibus societatis jesu conceditur facultas administrandi poenitentiae, eucharistiae, et *alia sacramenta.* Ex quibus verbis, ne dici debeat, quod redundans aliquid contineant, videtur colligi, quod iisdem religiosis societatis (cons. etiam iis, qui in privilegiis cum ipsis communicant) hac constitutione concessa sit etiam administratio baptismi, et extremae unctionis.

Sed revera hoc non infertur, imo contrarium; additur enim *sine alicujus praejudicio*: quod non abesset, si sine parochorum licentia regulares administrare sacramenta baptismi, et extremae unctionis possent. Verba illa *alia sacramenta* intelligi debent de religiosis degentibus in terris infidelium, et haereticorum, catholicas parochias non habentibus; nam ibi administrare sacramenta haec possunt, et administrando nulli alteri praejudicium inferunt.

Quare cum de privilegio apostolico ulli concesso non satis constet, habeatur autem generalis prohibitio *clem.* 1. *de privil.* dicendum erit, haec duo sacramenta extra casum necessitatis, sine consensu proprii parochi, vel episcopi administrari non posse licite, nisi a proprio parocho.

15

Quaeritur 3. quae sit obligatio parochi, ut sacramenta poenitentiae, et eucharistiae parochianis suis administret, et parochianorum, ut illa ab ipso suscipiant?

Resp. *Ad* 1. parochus administrare illis sacramenta haec tenetur sub gravi, cum sit officium illius, ut pascat gregem suum: nec

tantum semel in anno, aut quando alias obligantur parochiani illa suscipere, ut quidam cum Sylv. *V. confessor* 1. *n.* 14. voluerunt, sed quoties id ipsi rationabiliter petierint, et parochus expedire judicaverit, ut cum communi advertit Bonac. *D.* 4. *q.* 1. *p.* 1. *n.* 14. *et D.* 5. *q.* 7. *p.* 4. §. 2. *n.* 23. *Ratio est*, quia parochus non debet subtrahere ea, quae ad commodum spirituale subditorum suorum spectant.

Ad 2. tempore nascentis ecclesiae, dum adhuc primaevo spiritu fervebant, fideles reficiebantur sacro epulo quotidie; *can. episcopus* 59. junct. gloss. *fin. dist.* 1. *de consecr.* post crescente fidelium numero, et charitate refrigescente, ex obligatione ad sacra mysteria accedebatur ter in anno, videlicet in nativitate domini, paschate, et pentecoste; *can. etsi* 16. *et can. saeculares* 19. *dist.* 2. *ibid.* Hodie praeceptum ecclesiae est, ut saltem semel in anno, et quidem paschali tempore sacramentum altaris accedant omnes; *c. omnis* 12. *de poenit. et remiss.* ubi idem praecipitur etiam de confessione semel in anno de peccatis propriis coram parocho suo, tanquam proprio suo sacerdote, instituenda.

16

Quaeritur 4. quibusnam potestas concionandi competat? Resp. Ex officio munus praedicandi verbum Dei incumbit parochis, et episcopis: praeter hos sine commissione a papa, episcopo, vel parocho loci nullus alius concionari potest, vel debet, ut notat gloss. *in c. quod Dei* 5. *V. privilegiatum de stat. monach. c. excommunicamus* 13. §. *quia vero de haeretic.* statuitur excommunicandos esse eos, qui officium praedicandi sive publice, sive privatim sine episcopi licentia sibi usurpare praesumpserint.

17

Excipiuntur religiosi mendicantes, et qui cum iis in privilegiis participant juxta *extrav.* 1. *de privil. int. com. et const. Pauli III.* in favorem societatis jesu *editam* 1545. juncto trid. *sess.* 5. *c.* 2. *de reform.* Hi enim 1. cum superiorum suorum licentia, et petita benedictione episcopi verbum Dei praedicare possunt in propriis ecclesiis suorum ordinum. 2. Idem regulares concionari possunt etiam in ecclesiis parochialibus, si parochus consentiat, vel episcopus facultatem det. 3. Possunt praedicare verbum Dei in publicis, et plateis, requisita tamen licentia dioecesanorum, si commode peti potest, vel si peti illa nequeat, non repugnantibus locorum parochis, ut aperte significat Gregorius XIII. in *bulla*, quae incipit, *decet romanum pont.* 1575. societati data.

18

Quaeritur 5. an regulares privilegiati, ut tribus memoratis casibus concionari possint, debeant esse constituti in ss. ordinibus? Resp. Negative: sed sufficit, si primam tonsuram habeant, et alias sint idonei, ut constat ex *bulla Gregorii XIII.* incipit *vigore* societati data 1584. ubi decernit, et declarat, unumquemque ex societate, alias idoneum, etiam ad ss. ordines non promotum, praedicationis munus in vim privilegii hujusmodi exercere potuisse, et posse: quod privilegium (sicut et alia religiosis concessa) etiam competit novitiis; *arg. religione* 21. §. *quamvis de sent. excomm. in* 6. Pirh. *hic n.* 6. *in fin.*

§. III.

De limitibus parochiarum.

SUMMARIUM

19

Quaeritur 1. quid intelligatur nomine limitum; et quis constituere illos parochiis, vel dioecesibus possit? Resp. *ad* 1. *limes*, ut recte aliis *cit.* advertit Pirh. *hic n.* 9. est *linea*, seu *longitudo distinguens spatium a spatio.* Solent hi aliquando designari per lapides in confinibus positos; in parochiis vero, et dioecesibus communiter per montes, flumina, paludes etc. Dixi *designari;* nam ejusmodi lapides, montes, flumina etc. proprie tantum sunt signa limitum, non vero ipsi limites. Ex quo sequitur, etsi lapis limitaneus auferatur, vel fluvius ejusmodi exsiccetur, aut alium acquirat alveum, non ideo tamen fines, seu limites mutatos censeri, cum signatum a signo suo non pendeat.

20

Ad 2. videntur limites parochiarum, et dioecesium constitui posse authoritate saeculari; sic enim si fides est beato Rhenano, Cranzio, Cromero, et aliis, sedem episcopalem argentinensem, et constantiensem Dogabertus, Bremensem, et alias Carolus M. polonicas Miesca, sive Miezlaus primus polonorum rex christianus alias alii reges, et principes erexere et distinxere; imo ab Isacio Angelo ecclesias cathedrales in metropolitanas mutatas patet ex constitutione dicti imperatoris; *l.* 1. *jur. orient. tit. de metropolit.*

Sed dicendum, dioecesium et parochiarum limites constitui, et mutari sola ecclesiastica authoritate posse. Sumitur ex *can. lege imperatorum* 1. *dist.* 10. *et c. sicut unire* 8. *de excess. praelat.* nec aliter habet perpetua, et antiquissima praxis ecclesiae; sic enim quaedam dioeceses jam ab Apostolis, et s. Clemente sunt institutae; *can. urbes* 1. *et seq. dist.* 80. *can. provinciae* 1. junct. gloss. *V. eod. dist.* 99. aliae fundatae sunt ab aliis s. Petri successoribus, ut recte monet Barbos. *de offic. episc. p.* 1. *tit.* 1. *c.* 7. *n.* 7.

21

Idem constat de institutione, et divisione parochiarum; nam istas primum Dyonisius papa divisit, vel saltem divisionem, ab Evaristo praedecessore suo factam, sed Valeriani persecutione sublatam, aut confusam restituit, ut constat ex *can. ecclesias un. caus.* 13. *q.* 1. *et c. pastoralis* 9. *de his, quae fiunt a praelat.* Reliquarum deinde parochiarum erectiones, divisiones, et uniones factae sunt, et defacto solum fiunt a summis pont. et episcopis in propriis suis dioecesibus.

Neque obstat ratio dubitandi; etsi enim quaedam dioeceses fundatae, et institutae legantur ab imperatoribus, et regibus, semper tamen id factum est, interveniente autoritate apostolica, ut notat Tholosan. *synt. l.* 15. *c.* 12. *n.* 4.

22

Quaeritur 2. an limites dioecesium, et parochiarum praescribi possint? Rationem dubitandi facit 1. *c. quia indicante* 9. *de praescript.* ubi satis clare dicitur, quod praescriptione 40. annorum fines isti praescribi possint: 2. jura episcopalia, et parochialia, v. g. visitandi, decimandi etc. imo ipsa praedia limitanea, aliaque bona, in quibus sunt fines, praescribi possunt: ergo etiam ipsi fines: 3. saltem poterunt praescribi praescriptione immemoriali; nam prohibitio, qua vetatur alicujus rei praescriptio, non afficit immemorialem, quippe quae vim privilegii habet.

23

Sed dicendum, fines, et limites dioecesium, et parochiarum, si certi sint, non esse praescriptioni obnoxios. Ita communiter omnes. *Ratio est*, quia praescriptioni locus non est in rebus, respectu quarum eidem resistunt leges et canones, quippe a quibus vim suam omnem habet praescriptio: atqui praescriptioni finium, si certi illi sint, clare resistunt ss. canones; *can. quicunque* 4. *et tribus seqq. caus.* 16. *q.* 3. *et c. super eo* 4. *h. tit.* imo leges etiam civiles; *l. agros* 3. ibi *cujuslibet spatii temporis praescriptione cessante*; *C. de fund. limitroph.* ut textum hunc explicat Balb. *V. amplia.* Nec immerito; nam triplici ex ratione limites a praescriptionis lege exempti sunt: 1. ne dioecesium, et parochiarum limites, authoritate publica, et ob utilitatem publicam constituti, facile confundantur: 1. ut evitarentur lites, et jurgia, quae frequentissima orirentur, si ita sublatis antiquis limitibus, authoritate privata possent constitui novi: 3. quia conditores legum, et canonum in terminis, et limitibus, praeter jus publicum agnoverunt quid sacrum, ut notat Gonzal. *in c.* 3. *de probat. num.* 6. sacrae autem, et religiosae res praescribi nequeunt; §. *sed aliquando* 1. *inst. de usucap. et l. alienationem* 9. *ff. de usurpat. et usucap.*

24

Addidi, *si certi sint limites*; nam si non constaret legitime, et certo de finibus, aut appareret divisionem non esse factam authoritate ecclesiastica, ei, qui in possessione est, prodesset praescriptio, quippe pro quo etiam est praesumptio, quod si possessor rei suae; *can. volumun* 2. *caus.* 16. *q.* 4. *et c. quia indicante cit.*

Neque obstant argumenta opposita. *Ad* 1. ibi *finium* nomine accipitur pars fundi, in qua positi sunt fines, et limites, et quae non minus, ac alia bona, et jura praescribi possunt. *Ad* 2. etsi praescribatur solum, in quo positi sunt limites, ut quoad proprietatem pertineat ad alium dominum, non tamen ita praescribi potest, ut illud cesset esse limes parochiae, vel dioecesis, et haec magis extendatur, vel restringatur, quam altera. *Ad* 3. ex communiori adversus ejusmodi limites ne quidem praescriptio immemorialis currit; quia ss. canones praescriptionem limitum indefinite prohibent, adeoque universaliter, quippe cum propositio indefinita universali aequivaleat: quod maxime verum est in hoc nostro casu, cum in isto rationes allatae etiam contra praescriptionem immemorialem probent.

25

Quaeritur 3. cui competat cognitio quaestionis motae circa fines dioecesium, et parochiarum? Resp. cum distinctione: vel enim

quaestio ; et contentio est de solo facto, vel etiam de jure. *Si de facto solo* e. g. an, quando , et qua authoritate divisio parochiarum facta sit, quousque earum limites extensi sint, an certi districtus incolae in hac, vel illa parochia sacramenta perceperint, primitias obtulerint etc. spectare cognitio quaestionis etiam ad judicem saecularem potest, modo etiam reus conventus sit laicus; quia quaestio facti, etiamsi de re spirituali sit, mere est temporalis, nisi admixtam habeat quaestionem juris.

26

At si contentio sit etiam de jure; major est controversia; videtur enim etiam hujus cognitio competere curiae saeculari : 1. quia plus spiritualitatis non habet, quam ille, quae est de finibus, divisione, extensione, restrictione regnorum, ducatuum, comitatuum : haec autem temporalis praecise est : ergo et illa : 2. curiis saecularibus speciali jure competit cognitio causarum juris patronatus : his autem accensendae sunt quaestiones limitum, praesertim parochialium , utpote cum illis connexae , cum patroni sit praesentare clericum ad parochiam, sive curam animarum intra certos limites exercendam : ergo etc. 3. de causis decimalibus jure speciali cognoscere curiae saeculares possunt , quae non minus, quam causae juris patronatus cum causis finium parochialium connexae sunt, cum jus eas percipiendi ad omnia praedia, intra parochiae limites sita, se extendat: unde cum connexorum sit idem judicium, curiae saeculares, quae de causis decimalibus possunt cognoscere, hoc ipso etiam possunt cognoscere de causis limitum parochialium.

27

Verum his non obstantibus, dicendum, cognitionem causarum, et quaestionum de limitibus tum parochialibus, quam dioecesanis motarum, spectato jure, competere soli judici ecclesiastico. Ita supponere videntur plerique DD. et colligitur ex *cap. Antigonus* 1. *de pact. cap. ex litteris* 3. *de probat. cap. quia* 2. *de religios. domib. cap. si episcopus* 1. *et cap. super eo* 4. *h. tit.* ubi quaestiones istae, vel a conciliis, vel a pontt. diremptae sunt. *Confirmat* hoc etiam praxis curiarum ecclesiasticarum moderna; nam ab his, non a curiis saecularibus causae istae passim cognoscuntur, et deciduntur. *Ratio est,* quia dum finibus parochialibus, et dioecesanis agitur, agitur de extensione, vel restrictione ; primo quidem, et principaliter curae pastoralis ; secundario autem, et accessorie juris percipiendi decimas, primitias, oblationes etc. quae jura omnia cum, vel spiritualia, vel spiritualibus annexa sint, etiam ipsa quaestio spiritualis erit.

28

Ad argumenta opposita responsio non est difficilis. *Ad* 1. patet ex modo dictis, quaestionem de limitibus parochiarum, et dioece-

sium spiritualem esse, et propterea limites potestatis saecularis excedere. *Ad* 2. negatur paritas; nam jus patronatus, licet spirituale sit, in laicum tamen potest cadere ex generali, et juri communi inserto privilegio; non ita cura animarum, cujus extensionem, et restrictionem, ut dictum est, quaestiones motae super limitibus dioecesium, et parochiarum respiciunt. *Ad* 3. iterum negatur paritas; quia causae ortae super jure patronatus, vel decimarum solum accessorie connexae sunt causis limitum parochialium: cum igitur accessorium ad principale, non principale ad accessorium trahi debeat, ex eo, quod jure speciali ad aliquem pertineat, quaestio causarum juris patronatus, et decimarum, non sequitur, quod etiam ad eum pertineant causae limitum.

29

Quaeritur 4. utrum potestas cognoscendi de causis istorum finium acquiri possit praescriptione a potestate laica? *Videtur posse;* nam privilegio apostolico acquiri potest a laicis, ut cum gloss. *in cap.* 2. *de judic. V. non praesumant* communiter docent DD. atqui praescriptio, si immemorialis sit, aequivalet privilegio apostolico; *cap. super quibusdam* 26. *pr. V. praeterea de V. S. et l. hoc jure* 3. §. *ductus aquae* 4. *ff. de aqu. quotid. et aestiv.* ergo etc.

30

Sed dicendum; ejusmodi causarum cognitionem a curia, seu judice saeculari nulla quanticunque temporis, etiam immemorialis, consuetudine, vel praescriptione acquiri posse. Ita communis TT. et jctorum, quorum omnium sensus est, causas spirituales nullius temporis praescriptione foro saeculari posse subjici. *Ratio est*, quia laicus de jure est incapax quasi possessionis jurisdictionis spiritualis, et ecclesiasticae, quam ejusmodi causarum cognitio petit: atqui incapax possessionis, vel quasi etiam est incapax praescriptionis: ergo etc.

31

Et hinc patet ad rationem dubitandi; nam praescriptione immemoriali acquiri potest, quod potest acquiri privilegio apostolico, si praescripturus sit possessionis, vel quasi possessionis capax; secus, si sit incapax, cum tempus immemoriale vim tollendi incapacitatem non habeat, sicut tamen habet privilegium apostolicum.

TITULUS XXX.

De decimis, primitiis, et oblationibus.

Inter jura parochiarum *tit. praeced. num.* 12. recensui etiam jus accipiendi decimas, primitias, et oblationes, cui, quia unum ex praecipuis est, integer hic titulus assignatur.

§. I.

De decimarum natura, varietate, et obligatione.

SUMMARIUM

1 *Etymon decimarum, et harum divisio in profanas, et ecclesiasticas.*
2 *Ecclesiasticarum in spirituales, et temporales.*
3 *In dubio praesumuntur esse mere ecclesiasticae.*
4 *Mere ecclesiasticae pro fructuum diversitate.*
5 *Aliae sunt praediales, aliae personales, aliae mixtae.*
6 *Quo jure debeantur? argumenta adversariorum.*
7 *Deciditur, quoad substantiam eas deberi jure naturali, et divino.*
8 *Quoad quantitatem solo ecclesiastico.*
9 *Solvuntur objectiones.*
10 *Debentur titulo justitiae, et religionis.*
11 *Etsi ministri ecclesiæ habeant patrimonialia, unde vivant.*
12 *Solvi debent per se loquendo ex omnibus fructibus.*
13 14 *Ex illicite acquisitis cum distinctione.*
15 16 17 *Quomodo, quando, et ubi solvendae sint decimae?*
18 *Quinam ad decimas solvendas obligentur.*
19 *An judæi, et infideles?*
20 *An clerici?*
21 *An religiosi?*
22 *An pauperes?*
23 *Quis decimas præstare debeat, quando dominus prædii illud locavit colono?*
24 *Quis, quando id vendidit, et lapsas nondum præstitit?*
25 *Respondetur ad fundamentum oppositum.*
26 *Solvendae sunt parocho.*
27 *Cum exceptione.*
28 *Personales solvuntur parocho domicilii.*
29 *Prædiales illi, intra cujus fines situm est prædium.*
30 *Quid dicendum de mixtis?*
31 32 33 *Cui debeantur decimae novalium?*

1

Quaeritur 1. quid sint *decimae*? Resp. *Decimae*, si nominis etymon spectemus, decima cujusque rei pars est; *l. siquis rem 2. §. fin.* junct. glos. *v. decimam ff. de pollicit.* Communiter dicuntur esse

duplicis generis, profanae nimirum, et ecclesiasticae. *Profanae* sunt species quaedam tributi, quod olim temporales domini subditorum praediis imponebant: et hae *dominicae*, *et indominicatae* dicebantur, ut ait Franc. de Reye *inst. jur. can. l.* 2. *c.* 12. *Ecclesiasticae* vero, quae ecclesiis, et clero solvuntur. Et hae iterum sunt duplicis generis, *ordinariae*, *et extraordinariae. Illae* sunt, quae statis temporibus, et stabiliter ex fructibus praediorum, et lucris personae solvuntur, *istae*, quae extra ordinem, et in certis quibusdam casibus a summo pont. imponuntur. Tales erant, de quibus agitur *clem.* 2. *h. t. et extrav. un. eod.* Item illae, quas summi pontifices ex bonis ecclesiasticis pro subsidio terrae sanctae, aut in bellum sacrum contra saracenos, Franciae, aliisque regibus frequenter concesserunt. Priores communiter definiuntur, quod sint decima pars fructuum, et proventuum juste quaesitorum Deo in recognitionem universalis dominii debita, et ecclesiae ministris propter spirituale ministerium solvenda.

2

Quaeritur 2. quotuplicis generis sint *decimae ecclesiasticae*? Resp. duplicis: spirituales, et temporales. *Spirituales*, quas alii *mere ecclesiasticas* dicunt, sunt, quae naturam, et statum suum primaevum conservant, et ministris ecclesiae penduntur tanquam stipendia ob spiritualia illorum obsequia, et functiones, quas fidelibus impendunt. *Temporales*, seu *minus stricte ecclesiasticae*, quae primitus pro sustentatione ministrorum ecclesiae institutae quidem fuerunt, deinde tamen authoritate legitima pontificis a titulo spiritualis officii separatae, laicis quoque personis vel in feudum, vel alio titulo obvenerunt. Et hae passim sub nomine *decimarum laicalium* veniunt.

3

Ceterum in dubio praesumuntur decimae esse mere ecclesiasticae, et non laicales. Unde asserenti esse laicales incumbit onus probandi. Ita cum communi card. de Luca *de decim. disc.* 6. *n.* 17. et hoc teste multoties decisum est a Rota. *Ratio est*, quia prioribus assistit titulus originarius spiritualis, cujus mutatio, utpote odiosa, non praesumitur, sed probari debet. Manent autem ecclesiasticae, etiam quando laicis conceduntur; quia his conceditur sola utilitas, ita, ut dominium directum illarum penes ecclesiam maneat: et hinc si ad illam revertantur, pariter ad primaevum suum statum, atque naturam redeunt.

4

Quaeritur 3. quotuplicis generis sint *decimae spirituales*, *seu mere ecclesiasticae*? Resp. Sunt triplicis generis; nam etiam in tri-

plici differentia sunt fructus, unde praestantur, nim. *praediales*, qui colligitur ex praediis; *personales*, qui a persona ipsa, et hujus industria proveniunt; et *mixti*, qui partim a re, partim a persona habentur.

5

A diversitate hac fructuum etiam decimae diversa capiunt nomina; nam *praediales* (quae etiam *reales* dicuntur) sunt, quae praestantur ex fructibus praediorum, et fundorum, v. g. agrorum, vinearum, pratorum, hortorum, silvarum, arborum etc. *Personales*, quae ex lucro, hominis industria quaesito, penduntur, v. g. ex negotiatione, venatione, militia, artificio etc. *Mixta*, quae solvuntur ex fructibus mixtis, seu talibus, qui partim ex industria proficiscuntur, et partim ex praedio, ut sunt fructus animalium, lana, lac, caseus, butyrum etc. Has plerique ad praediales revocant: quod est quaestio de nomine, et parum attinet, ad substantiam rei.

Porro ex praedialibus: prout nunc in usu sunt, aliquae dicuntur *majores*, quae ex frumento, vino et similibus solvuntur; aliae *minores*: quae ex fructibus hortorum, foetibus animalium, aliisque ejusmodi rebus minutis praestantur..

6

Quaeritur 4. quo jure in lege nova debeantur decimae? Gloss. *in c.* 1. *v. decimarum h. t. in* 6. Anchar. *ib. et* Innoc. *in c. fin. de paroch.* voluere eas deberi jure divino. Alii autem apud Covar. *l.* 1. *var. c.* 17. *n.* 2. distinguunt, et praediales quidem ajunt deberi jure divino, personales vero jure ecclesiastico tantum *Nituntur* 1. variis textibus juris canonici; *c. parochianos* 14. *h. t.* ubi dicitur, quod *decimae non ab homine, se ab ipso domino sint institutae*; *c. tua* 25. *eod.* ubi Innocentius III. ait, eas *constitutione divina deberi; c. cum non sit* 33. *eod.* ubi idem pontifex docet *in signum universalis dominii, quasi quodam titulo speciali sibi dominum decimas reservasse.* Similia habentur *can. fin. caus.* 16. *q.* 1. et alibi, ubi dicuntur decimae esse *juris divini*, *esse Dei*, *deberi Deo etc.* 2. textu *Matth.* 23. ubi Christus cum dixisset, *decimatis mentham, et anethum*, subjunxit: *oportuit haec facere, et illa non omittere*; ubi illud *oportuit* indicat obligationem juris divini. 3. Decimae jure divino debebantur in antiquo testamento: ergo eodem etiam debentur in novo. Imo cum ante legem mosaicam jam fuerint agnitae ab Abrahamo, *gen. c.* 14. *v.* 20. et a Jacobo *genes.* 28. *v.* 22. signum est eas deberi jure naturali.

7

Difficultas haec solvi tota ope distinctionis potest, qua utuntur Covar. *l.* 1. *var. c.* 17. *princ.* Azor. *p.* 1. *l.* 7. *c.* 23. *q.* 4. Gutier,

*83 **

qq. canon. l. 2. *c.* 21. *n.* 9. Suar. *to.* 2. *de relig. l.* 1. *c.* 10. *n. n.* Vvex *ariadn. p.* 5. *tr.* 1. *q.* 3. *n.* 3. *et* 4. Pirh. *hic n.* 6. Vvies. 3. 7. claris. P. Schm. *de jurib. eccl. p.* 3. *c.* 3. *n.* 33. *et seq.* cum plerisque TT. et canonistis RR. duce s. Thoma: qui dupliciter considerant decimas, quae clericis praestari solent, primo materialiter, et quoad substantiam, prout sunt necessaria sustentatio clericorum; et secundo formaliter, secundum determinationem, seu certam quotam; ut sunt decima pars fructuum. *Priori modo spectatas* decimas concedunt deberi clericis jure divino, imo et naturali; posteriori autem modo consideratas contendunt descendere ex solo jure ecclesiastico.

Prima pars manifesta est, quia ratio naturalis dictat, quod fideles teneantur alere illos, qui sibi inserviunt in spiritualibus, cum omnis operarius sit dignus mercede sua: cui consonat jus divinum *Matth.* 10. *v.* 10. 2. *cor.* 9. *v.* 7. 11. *et* 17. 1. *Timoth.* 5. *v.* 18. et alii.

8

Pars secunda ostenditur; nam si alio jure deberentur decimae, deberentur vel naturali, vel divino: *non naturali*: quia ratio naturalis non probat plus, quam, ut praebeatur ecclesiae ministris congrua sustentatio, quod fieri saepe potest per nonam, octavam, duodecimam partem fructuum etc. *Non divino*; quia in lege nova nullum extat praeceptum divinum de decima parte fructuum ecclesiae ministris solvenda; et lex mosaica, decimarum praestationem injungens, caeremonialis praecise fuit, cons. per legem novam abolita. Superest igitur, ut secundum quotam spectatae decimae debeantur solum jure ecclesiastico: et ita deberi constat ex pluribus textibus tum decreti, tum decretalium, praesertim hoc titulo, et novissime ex trid. *ses.* 25. *c.* 13. *de ref.*

9

Neque obstant argumenta adversae sententiae. *Ad* 1. Decimae jure divino dicuntur introductae, in quantum necessariae sunt ad sustentationem ministrorum ecclesiae: si autem velis textus istos extendi etiam ad decimas spectatas secundum quotam, dic eas deberi constitutione divina; quia primum in lege antiqua fuerunt constitutae praecepto divino, et quia exemplo illius sumptum est praeceptum ecclesiae, ac propterea per quandam imitationem etiam hoc divinum dicitur, sicut PP. praeceptum jejunii quadragesimalis aliquando divinum vocant, quia exemplum illius praecessit in Christo. *Ad* 2. Christus utendo verbo *oportuit* praeteriti temporis satis indicat, se tantum loqui de tempore legis scriptae, cui adhaerentes judaei tenebantur divino praecepto ad solvendas decimas. *Ad* 3. Praeceptum illud juris divini per mortem Christi, ut *n. praec.* dixi, extinctum

est; Abraham, et Jacob patriarchae eas solverunt sponte, prior in signum gratitudinis, posterior ex voto libero.

10

Quaeritur 5. quo titulo debeantur decimae? Resp. Debentur simul titulo religionis, et justitiae; atque ita solutio decimarum erit utriusque virtutis actus: *religionis* quidem fit ecclesiae ministris in recognitionem divini dominii, et supremae excellentiae: *justitiae* autem, quatenus fit in sustentationem ministrorum ecclesiae ipsis jure justitiae debitam. Ex quo consentaneum est, eum, qui decimas malitiose non solvit, contra utramque virtutem delinquere.

Proceditque hoc de decimis, non tantum spectatis secundum substantiam, sed etiam de iis consideratis secundum determinationem factam ab ecclesia, seu secundum quotam, ut cum Suarez advertit Pirh. *hic n.* 153. Ratio est, quia ecclesia praecepto suo eas determinando, ipsarum obligationem constituit intra objectum justitiae, et cons. ex justitia illud est observandum, sicut ex justitia observandum est pretium, quod lex civilis, vel magistratus posuit frumento, et aliis mercibus.

11

Dubitari potest, an adhuc debeantur decimae ministris ecclesiae, si isti aliunde habeant ex quo se alere possunt? Resp. distinguendo: vel enim sustentationem competentem habent ex aliis reditibus ecclesiasticis, vel solum ex patrimonio, artificio etc.

Si hoc secundum, adhuc eis debentur tam jure ecclesiastico quam divino et naturali; quia non dantur illis ut pauperibus, tanquam elemosyna ex mera misericordia, vel charitate, sed ex justitia; ut dictum est, tanquam merces debita laborantibus; Suar. *l.* 1. *c.* 11. *n.* 9. Laym. *tr.* 6. *c.* 2. *n.* 1. Pirh. *hic n.* 6.

Si primum, jure ecclesiastico quidem per se loquendo adhuc debentur, non tamen jure naturali, et divino; quia tunc non haberent rationem nececessariae sustentationis, ideoque cessaret ratio, ob quam decimae debentur jure naturali, et divino; Laym. *tr. cit. cap.* 3. *n.* 9. Pirh. *l. cit.* Addidi *per se loquendo*; nam defacto in multis locis abrogatae sunt decimae, ne pendi debeant ministris ecclesiae, quod his de necessaria sustentatione aliunde provisum sit.

12

Quaeritur 6. ex quibus rebus solvendae sint decimae; Resp. in hoc attendendam consuetudinem. Per hanc *personales* in plerisque locis omnino sublatae sunt; *praediales* vero ex nonnullis fructibus solvi desierunt. De jure communi solvendae essent ex omnibus fructibus, et proventibus, qui, aut naturae beneficio, aut hominum ministerio annuatim producuntur; *c. nuntios* 6. *c. ex parte* 21. *etc. hoc tit.*

An ex illicite quaesitis pendi debeant, controversia, et dubium moveri potest, cujus movendi causam dat textus *c. ex transmissa* 23. *h. tit. ibi*, *de omnibus*, *quae licite potest acquirere*, *decimas erogare tenetur* : ex quibus verbis argumento ducto a sensu contrario videtur inferri decimas ex rebus illicite acquisitis generaliter non deberi.

13

Sed distinguendum est : vel enim tales illae res sunt, ut retineri non possint, sed restitui debeant, ut sunt ea, quae acquiruntur per furtum, usuram, venditionem ultra justum pretium, simoniam etc. vel contra tales res sunt, ut illicite illas acquisieris, licite tamen retineas, ut sunt quae accipiuntur ob fornicationem, homicidium, sententiam injustam etc.

Si hoc dicendum, per se loquendo ex ejusmodi re deberentur decimae, ne turpis lucrator melioris conditionis sit, quam alius bene operans ; ecclesia tamen ex tali re decimas acceptare non solet, ne videatur approbare factum, vel peccato communicare, ut ait s. Thom. 2. 2. *q.* 87. *art.* 2. *ad* 2.

14

Si primum contingat, et res illae tales sint, quae restitui debeant, praediales quidem decimae ex illis debentur, non vero personales, ut recte cum S. Thom. *l. cit.* advertit gloss. *in c.* 23. *cit. V. licite*, et communis DD. quod *decimae praediales* eo casu debeantur etiam ab injusto possessore praedii, si fructus inde percipiat, clarum est, quia ipsum praedium onus decimarum sustinet, et cum onere suo ad quemvis possessorem transit : unde sicut dominus, si praedium suum possideret, teneretur solvere decimas, ita et injustus ejus possessor. Quod autem *decimae personales* ex sic acquisitis non debeant solvi, ratio est, quia ea, quorum dominium non acquiritur, vere non acquiruntur, et quae obnoxia restitutioni sunt, non acquiruntur juste ; non enim computari possunt inter bona possidentis; *l. si fratres* §. *fin. ff. pro socio*, *et l. non possunt* 11. *ff. de jur. fisc.*

15

Quaeritur 7. quomodo, quando, et ubi solvendae sint decimae ? Resp. *ad* 1. decimae praediales solvendae sunt integrae; *c. cum homines* 7. *c. ex parte* 21. *c. non est* 22. *can. tua nobis* 26. *c. cum non sit* 33. *h. tit.* in personalibus deduci expensae possunt *c. pastoralis* 28. *eod.* Ratio disparitatis est, quia decimae personales praestantur ex lucro, praediales ex fructibus; non reputatur autem lucrum, nisi id, quod remanet deductis expensis, contra in fructibus terrae omnia, quae ex terra nascuntur, fructus nuncupantur : ergo etc.

16

Ad 2. ea in re observanda est loci cujusque consuetudo: praescindendo ab ista *decimae personales*, ubi illae adhuc in usu sunt, commodissime solvuntur sub finem cujuscunque anni, sicut alii census, et tributa tunc solvi solent. *Mixtarum* quaedam rectius solvuntur statim, quaedam post tempus: de lana ovium solvuntur statim, ac tonsae sunt; de foetibus animalium, cum sine matre vivere possunt. *Decimae praediales* praestari debent statim collectis fructibus, ut decisum est *c. cum homines cit.* puta de frumento, postquam a solo est separatum, antequam inferatur horreo, de vino, et oleo, postquam expressum est, et antequam recondatur cellario etc.

17

Ad 3. sufficit, si dominus praedii, vel colonus parochum moneat, ut decimas a solo separatas, aut collectas curet avehi: neque necesse est, nisi aliter ferat consuetudo, ut is, qui ad decimas est obligatus, suis expensis eas deferat in domum, vel horreum decimatoris, ut cum communiori advertit Laym. *l.* 4. *tr.* 6. *c.* 5. *n.* 2. Ratio est, quia ecclesia quoad decimas se habet ut usufructuarius, sive pensionarius, cui pensio fructuum solvi debet, ubi res fructifera sita est. Ex quo sequitur, si ob moram decimatoris damnum aliquod contingat in decimis, ipse id ferre, et sibi imputare debeat.

18

Quaeritur 8. quinam ad decimas solvendas obligentur? Resp. Per se, et ratione personae ad decimas solvendas obligantur omnes, et soli fideles baptizati, qui de manu sacerdotis sacrameta tenentur suscipere, nisi aliquo legitimo titulo exempti sint; ratione rei fructiferae autem quicumque alii, qui praedia ad decimas praestandas obligata, possident; quia res transit cum suo onere.

Ex quo sequitur 1. ad decimas praestandas etiam teneri haereticos; quia licet defacto non recipiant sacramenta, et alia spiritualia a ministris ecclesiae, tenentur tamen illa recipere, et ipsi ministri parati sunt ad haec ipsis ministranda, imo ex officio ad hoc obligantur, ut quantum possunt, eos ad frugem meliorem revocent.

19

2. Judaei, et alii infideles non baptizati, licet per se, et ratione personae suae ad decimas solvendas non obligentur, cum secundum illam ecclesiae subjecti non sint, si tamen in terris christianorum juri subjectis possideant praedia, ratione istorum etiam ipsi solvere tenentur decimas; quia ex quo tempore dioeceses distinctae sunt in parochia, praediis intra harum fines existentibus

annexa est obligatio pendendi decimas ; quae proinde cum re ad quemcunque istius possessorem transit.

20

3. In clericis distinguendum est inter bona , quae recipiunt , et possident clerici titulo spirituali ratione beneficii , vel ministerii spiritualis, et inter ea , quae possident titulo temporali, ut sunt bona patrimonialia , vel alio simili titulo acquisita. *Ex prioribus* solvere decimas non tenentur , ut clare patet ex *c. novum* 2. *h. tit. Ex posterioribus* tenentur obligatione reali, seu ad reales decimas omnes, et clerici simplices probabilius etiam obligatione personali, seu ad decimas personales , ubi adhuc in usu sunt ; quia et ipsis parochus proprius ministrare sacramenta debet.

21

4. In religiosis inspicienda sunt singulorum ordinum privilegia; nam jure communi ad decimas praestandas etiam ipsi eorum monasteria obligantur. Excipiuntur *c. nuper* 34. *h. tit.* praedia et terrae; quas acquisiverunt ante lateranense concilium , si propriis manibus, seu sumptibus illa excolant ; nam ab onere ex istis solvendi decimas Innocentius III. *l. cit.* generaliter omnes religiosios eximit.

22

5. In pauperibus distinguenda est necessitas ; nam *si constituti sint in extrema necessitate* , decimas solvere non obligantur, quippe cum eo casu omnia sint communia; *si in necessitate communi* , ita, ut solutis decimis, ipsis remaneant adhuc necessaria ad se, suosque alendos , obligantur solvere , quia obligatio justitiae paupertate debitoris non cessat ; *si denique in gravi* , dissident inter se DD. et pars affirmat eos teneri , pars negat , omnes vero in hoc conveniunt , non esse cum rigore ab iisdem exigendas , quippe cum ipsi clerici ex redditibus suis ecclesiasticis in tali casu pauperibus ex praecepto ecclesiae teneantur succurrere.

23

Dubitatur , quis decimas praestare debeat , quando dominus praedii illud locavit colono ? Resp. cum distinctione : vel enim ita inter dominum praedii , et colonum convenit , ut uterque fructuum partem aliquotam, v. g. dimidiam, tertiam, aut quartam percipiat; vel ut unus percipiat fructus omnes , alteri vero praestet pensionem certam pecuniam , aut fructuariam.

Si primum , uterque de parte ex conventione sibi debita decimas debet solvere absque diminutione seminis, aut sumptuum; *c. a nobis* 24. *et c. tua nobis* 26. *h. tit.* nisi, antequam fructus dividerentur, decimae fuissent solutae ex toto cumulo ; hoc enim si factum esset , de residuis novem partibus , inter ipsos divisis, neuter aliquid am-

plius deberet parochiae decimarum nomine; gloss. *in c. tua cit. v. sic et dominus.*

24

Si secundum, ille decimas praestabit solus, qui fructus omnes ex praedio percipit, alteri autem manebit pensio indecimata; Abb. *in c. cit. n.* 14. *et* 15. neque in hoc nimium gravatur colonus, cum propter hoc onus solvendi decimas integras dominus praedii ab eo pensionem minorem exigere debeat.

Gravior difficultas est, an casu, quo Titius praedium suum vendidit Cajo, illudque tradidit, decimae, prioribus annis a Titio non solutae, peti possint a Cajo; Abb. *in c.* 7. *h. tit. n.* 6. cum aliis putat in optione ecclesiae esse, a quo eas velit petere, an a Cajo emptore, an vero a Titio venditore.

Sed praeplacet sententia affirmans super decimis praeteritis conveniendum possessorem antiquum. Ita Laym. *l.* 4. *tr.* 6. *c.* 2. *n.* 5. Canis. *de decim. c.* 4. *n.* 3. Van Espen *J. E. U. p.* 2. *tit.* 33. *c.* 9. *n.* 24. *et seqq.* Vvex. Ariadn. *p.* 5. *tr.* 1. *q.* 4. *contr.* 2. Pirh. *hic n.* 116. Schamb. *n.* 51. clar. P. Schmier *p.* 3. *de jurib. eccl. c.* 3. *a n.* 136. cum communiore DD. ut colligitur ex *c. cum non sit* 33. *h. tit.* ubi onus praestandi decimas imponitur ipsis fructibus, ut adeo illas praestare teneatur is, ad quem fructus indecimati pervenerunt.

25

Neque obstat, quod *c. decimae* 66. *caus.* 16. *q.* 1. decimae nuncupentur *egentium animarum tributa;* tributa autem praeterita, si soluta non sint, a possessoribus possunt exigi; *l. imperatores* 7. *ff. de public. et vectigal.* Nam contra est; quia decimae non sunt proprie, sed solum ob similitudinem quandam tributa vocantur, quod a clericis, qui eas percipiunt, tribuantur egentibus: unde mirum non est, quod recedant a tributorum natura, et ad tributa non soluta solvenda adstringi possint novi praediorum possessores, non vero ad praestandas decimas fructuum perceptorum ab antiquis possessoribus.

26

Quaeritur 9. quibus personis, et ecclesiis decimae solvendae sint? Resp. Olim, quando dioeceses nondum erant divisae in suas parochias, uniuscujusque dioecesis decimae pertinebant ad clerum illius dioecesis, et colligebantur ab episcopo, qui deinde cum proportione pro cujusque meritis et necessitate eas distribuebat in clericos dioecesis; *can. decimas* 1. *et can. pervenit* 3. *caus.* 16. *q.* 7.

Post divisas parochias illae jure communi solvendae sunt propriis parochis, adeo, ut hi super perceptione illarum fundatam in jure intentionem habeant adversus quemcunque, etiam episcopum, cui proinde, cum parocho concurrenti, incumbet onus probandi,

quod jus decimarum vel ex privilegio, vel aliunde habeat; *c. cum a nobis* 24. *c. cum contingat* 29. *etc. h. tit. Ratio est*, quia decimae ex primaeva sua institutione pendendae sunt ministris ecclesiae, qui populo praebent sacramenta, vel alia spiritualia: atqui rectoribus ecclesiarum parochialium, seu parochis praecipua cura, et onus ministerii spiritualis incumbit, ad quod ex officio, et speciali titulo obligantur: ergo etc.

27

Excipitur quarta pars decimarum; nam haec a parocho, ubi consuetudine contraria abrogata non est, pendi debet episcopo, ut expresse statutum est *c. conquerente* 16. *de offic. ordin. c. de quarta* 4. *de praescript. c. cum olim* 19. *de censib. c. quoniam* 13. *h. tit.* idque ad imitationem legis antiquae, in qua populus levitis solvebat decimas, ipsi vero levitae ex his decimis decimam partem dabant sacerdotibus, ut constat 2. *Esdrae* 10. *v.* 37.

Sunt praeterea etiam aliqui casus, quibus etiamnum hodie episcopo decimae debentur integrae. Et 1. quidem, si ipsemet sit immediatus curatus alicujus ecclesiae, quam per vicarium administrat: 2. si praedia intra suam dioecesim sita nulli parochiae assignata sint: 3. si adhuc hodie aliqua dioecesis in parochias divisa non sit, sed omnis cura animarum ad episcopum spectet, quas procurat per sacellanos, aut vicarios: 4. si privilegio apostolico, praescriptione, vel alio speciali jure jus decimandi acquisiverit episcopus, ut infra dicetur latius *a num.* 34.

28

Dubium est, cui parocho, vel ecclesiae solvendae sint decimae? Resp. distinguendo inter diversa decimarum genera; nam 1. *decimae personales*, ubi adhuc in usu sunt, spectato jure communi, debentur illi parochiae, a qua sacramenta ecclesiae, ceteraque spiritualia ex obligatione ministrantur, et percipienda sunt; *c. fin. de paroch. et c. ad apostolicae* 20. *hoc tit.* siquis duo habeat domicilia, videndum, quodnam ex his sit principale. Si unum sit principale, alterum accessorium, praestandae sunt illi parochiae, in qua domicilium principale habet. Si utrumque sit aeque principale, inter eas sunt dividendae: quod etiam faciendum, si unum quidem domicilium habeat, sed tale, ut una pars illius sit in una parochia, altera in alia.

29

2. *Decimae praediales* de jure communi solvendae sunt illi parochiae, intra cujus fines sita sunt praedia; *can. cum sint* 18. *c. ad apostolicae* 20. *c. cum contingat* 29. *hoc tit.* Estque hoc verum, etsi dominus praedii alibi habitet, et recipiat sacramenta, ut

recte advertunt DD. communiter. *Ratio est*, quia onus solvendi decimas praediales reale est, et impositum non personis, sed praediis: atqui in solvendo debito reali non consideratur persona, sed res, cui est impositum debitum; *l. imperatores* 7. *ff. de public. et vectigal.*

30

3. *Decimae mixtae* ex foetibus animalium, lacte, caseo etc. debentur illi parochiae, in cujus territorio pecora pascuntur, accubant, dormiunt; quia naturam praedialium imitantur, et sub istis simpliciter comprehenduntur. Et hinc si pecora diversis anni temporibus pascantur intra fines diversarum parochiarum, decimae inter has pro ratis temporis, quo in singulis aluntur, dividendae sunt, nisi alia sit locorum consuetudo. Quod ipsum aliqui cum Rebuff. *de decim. q.* 6. *n.* 16. faciendum existimant casu, quo pecora in una parochia accubant, in alia pascuntur. Sed probabilius cum S. Thom. 2. 2. *quaest.* 87. *art.* 3. *ad* 2. eo casu decimae debentur integre illi parochiae, in qua pascuntur; quia cum foetus animalium proveniant ex fructibus praediorum, merito decimae ex iis solvuntur illi parochiae, cui solvendae sunt decimae praediales.

31

Quaeritur 10. cui debeantur decimae novalium? Resp. cum distinctione inter diversas hujus nominis acceptiones; non enim eamdem semper in jure, et usu etiam significationem habet, ut patet ex *c. quid per novale* 21. *de V. S.*

1. Et *latissime* sumitur pro terra próscissa, quae anno cessavit, ut dicitur *l. silva* 30. §. *novalis* 2. *ff. de V. S.*

2. *Late*, *et adhuc improprie* pro fundo culto quidem, sed qui alios jam proferat fructus, quam quales ante dederat, ut si ex prato ager, ex horto vinea fiat.

3. *Strictius*, *et proprie* pro agro de novo ad cultum redacto, de quo non extat memoria, vel sulcus, aut aliud indicium, quod aliquando cultus fuerit, ut habetur *c. quid per novale cit.* ut si locus palustris, derivata alio aqua, vel silva arboribus evulsis, aut dumetum extirpatis, et combustis sentibus, in agri, aut vineae formam sit redactus *leg. fin.* §. *ult. ff. de termino moto.*

4. *Strictissime* pro fundo ab hominum memoria inculto, et ad culturam redacto, ex quo ecclesia parochialis nullos, aut valde exiguos fructus decimarum nomine accepit, ut habetur *c. cit.*

32

De novalibus primo modo acceptis quaestio, et dubium nullum prudenter haberi potest, ad quem decimae ex iis spectent; cum enim usitatissimum in terris nostris sit, ut omnes passim agri tertio quo-

que anno quiescant, decimae, quae ex his aliis annis colliguntur, ad eum, vel eos spectabunt, qui jus decimandi habent in illo fundo.

Decimae *novalium in secunda significatione acceptorum* solvi debent illi ecclesiae, cui antea solvebantur, nisi aliter habeatur ex conventione, privilegio, vel consuetudine speciali. *Ratio est*, quia etsi terrae mutetur qualitas, non tamen mutatur ipsius substantia; terra enim, quae fuit ab antiquo decimalis, non fuit obligata ad certum genus fructuum, sed ad eos, quos tulerit.

33

In tertia significatione spectatorum novalium decimae, spectato jure communi, et seclusis privilegiis, praestandae sunt parocho, vel ecclesiae parochiali, intra cujus fines illa exsurgunt; *can. quoniam* 13. 13. *etc. cum contingat.* 29. *hoc tit. Ratio est*, quia decimae novalium sunt praediales, et reales, cum sint ónus ipsius terrae, seu fundi: ergo ut ex aliis praedis, ita etiam ex novalibus solvi debent decimae illi parochiae, intra cujus fines existunt novalia.

Quartae acceptioni denique locus est in privilegiis apostolicis; nam ut vi istorum aliquis immunis sit ab onere pendendi decimas ex novalibus, ut aliis *citt.* advertit Pirh. *hic n.* 98. tria haec requiruntur: 1. quod terra, sive locus ille noviter redactus ad culturam fuerit: 2. quod talis locus ab hominum memoria non fuerit cultus, neque habitatus: 3. quod ecclesia parochialis nullus, vel exiguos solum fructus ex tali terra prius perceperit.

§. II.

De modis acquirendi jus percipiendi decimas.

SUMMARIUM

34

Quaeritur 1. quibus modis acquiri jus decimas percipiendi possit? Resp. Acquiri potest octo praecipue modis. 1. Collatione, vel unione beneficii curati; cum enim beneficio curato per se annexum sit jus decimarum, et hoc ipso, quod quis assecutus sit hujusmodi beneficium, aut hoc dignitati ipsius, vel ecclesiae unitum, etiam assecutus est jus decimandi. 2. Privilegio sedis apostolicae; nam vi istius jus percipiendi decimas competere aliquando potest, non solum ecclesiis, monasteriis, et aliis locis, ac personis ecclesiasticis, sed etiam laicis. 3. Donatione laicorum cum consensu episcopi; *c. cum apostolica* 7. *de iis, quae fiunt a praelat.* 4. Venditione; nam haec facultas percipiendi decimas, a spirituali titulo separata, ab una ecclesia in aliam transferri potest : opus tamen est, ut talis venditio fiat ex justa causa, et adhibitis solemnitatibus; quia est alienatio rei immobilis. 5. Permutatione decimarum unius ecclesiae cum decimis alterius; *c. ad quaestiones* 6. *de rer permut.* 6. Transactione, seu amicabili compositione; *c. statuimus* 2. *et c. veniens* 8. *de trans.* 7. Infeudatione. 8. Denique praescriptione.

35

Quaeritur 2. quibus ecclesiis *privilegio apostolico* applicari decimae possint? Resp. Applicari possunt ecclesiis quibuscumque, sive

illac sint intra, sive extra territorium parochiae, de cujus decimis applicandis agitur. Ita DD. omnes teste Pal. *tr.* 10. *p.* 8. *n.* 10. *Ratio est*, quia pontifex habet supremam potestatem, qua, ut *infra n.* 53. dicam, potest concedere privilegium ad eas non solvendas: igitur potest etiam concedere privilegium ad eas solvendas alibi, quam ubi, et cui ecclesiae jure communi deberentur.

Neque refert, quod ecclesia extra territorium talis parochiae sita non serviat illis fidelibus, quorum decimae eidem applicantur; nam omnes unum corpus in Christo sumus, et membra debent juvari a membris: igitur ubi necessitas, vel utilitas exigit, pontifex applicare decimas etiam ecclesiae extraneae potest.

Semper tamen ecclesiae, in qua sita sunt praedia, relinqui pro ejus ministris sustentatio congrua debet: alias applicatio non valeret, ut bene aliis *cit.* notat Pal. *tr.* 10. *cit.* *p.* 10. *n.* 4. et ratio est, quia pontifex non est omnium decimarum dominus, sed dispensator; esset autem iniqua dispensatio decimarum, quae beneficiatum privaret stipendio sibi debito, et vellet gratis servire ecclesiae.

36

Quaeritur 3. an, et quando *donatione laicorum* transferri jus percipiendi decimas in alium possit? *Rationem dubitandi* facit *c. cum apostolica* 7. *de iis*, *quae a praelat.* ubi Innocentius III. interrogavit, *utrum quando decima tenetur a laico*, *si conferatur ecclesiae*, *ad confirmandam donationem*, *episcopi consensus sine clerici consensu sufficiat*, respondet, *monendum esse laicum*, *qui decimam detinet*, *ut eam restituat ecclesiae*, *ad quam spectat*, manifesto indicio, ejusmodi donationem fuisse invalidam.

Sed distinguendum est, an laicus, qui donat decimas, justo, et valido titulo eas possederit, an injusto. *Si primum*, per donationem, in quem voluerit, locum religiosum transferri libere, et non accedente consensu episcopi, jus decimas percipiendi potest, ut aliis *cit.* notat Barb. *in c.* 7. *cit. n.* 6. *Si secundum*, per donationem ab iniquo detentore transferri non potest, sed ipsae decimae, et jus eas percipiendi restituendum est ecclesiae, cum cujus injuria et damno detinentur, ut habetur *can. cum apostolica cit.* Excipitur ibidem casus quo laicus, qui sic accipit decimas a non habente potestatem, induci non posset, ut eas ecclesiae, ad quam pertinent, reddat, tunc enim accedente episcopi consensu transferre is illas poterit, non quidem in alium laicum, sed in clericos, praesertim religiosos, vel alteri, cuicumque voluerit, ecclesiae applicare. Et haec est mens, sensusque textus in ratione dubitandi allati.

37

Quaeritur 4. an vendi decimae, et jus illas percipiendi possit etiam laicis? Ita quidem saepe contingit, sed perperam, cum ejusmodi translationi vehementer obstent ss. canones; *can. decimas* 1. *caus.* 16. *q.* 7. *c. adhaec* 15. *c. quamvis* 17. *et c. prohibemus* 19. *h. t.* Neque excusari mos iste potest per consuetudinem; quia cum *c. cit.* consulatur indemnitati ecclesiarum, et istis onerosa, atque damnosa sit consuetudo permittens decimarum translationem in laicos, non consuetudo legitima, sed potius corruptela est per textus, et DD. *in c. consuetudines* 1. *et alia de consuet.*

Quare ut licite vendatur jus percipiendi decimas, requiritur 1. Ut vendatur alteri ecclesiae, vel personis ecclesiasticis, non laicis. 2. Ut jus istud a spirituali titulo sit praecisum et separatum; alias committeretur simonia. 3. Ut venditio ejusmodi fiat ex justa causa, et adhibitis solemnitatibus jure praescriptis ad alienationem bonorum ecclesiasticorum.

Quare ipsae solemnitates etiam adhiberi debent in permutatione decimarum unius ecclesiae cum decimis alterius; quia permutatio est species quaedam alienationis; *c. nulli* 5. *de reb. eccl. non alien. et novel.* 7. *c.* 1. *vers. alienationis.*

38

Quaeritur 5. quid in negotio decimarum possit compositio, et transactio? Resp. Dupliciter fieri hae possunt nempe super decimas jam praeteritas et super decimas in futurum solvendas, aut non solvendas.

Si primum, fieri transactio, vel amicabilis compositio potest non solum cum personis ecclesiasticis, sed etiam cum laicis: neque opus tunc est consensu episcopi, vel superioris. *Ratio est*, quia fructus decimae tunc spectantur ut res praecise temporales, et ideo laici, ut conducere eas possint, ita etiam possunt de iis transigere, vel componere.

Si secundum, ut valeat compositio, vel transactio, requirit causae cognitionem, et consensum papae, vel episcopi; quia decimae sunt cibus clericorum; de futuris alimentis autem non potest transigi sine judice; *l. cum hi* 8. *ff. transact.* Addidi, *consensum papae, vel episcopi*, qui requiritur, ut ejusmodi transactio, vel compositio valeat in perpetuum: et quidem, si fiat cum laicis, opus est consensu pontificis; si cum ecclesia, vel personis ecclesiasticis, consensu episcopi, vel superioris habentis jurisdictionem quasi episcopalem, qui nomine episcopi hic comprehenditur. Plura de hoc vide *lib.* 1. *t.* 36. *num.* 8.

39

Quaeritur 6. utrum decimae infeudari etiam laicis possint? *Certum est* illas concedi laicis in feudum, etiam perpetuum, posse a summo pont. ob generalem, et supremam administrationem, quam a Christo sibi communicatam habet. Idem poterant jure antiquo etiam episcopi, et alii praelati inferiores: sed haec facultas ipsis sublata est per decretum Urbani II. in concilio turonensi celebrato 1096. et concilii lateranensis sub Alexandro III. anno 1179. vel 1180. ubi statuitur, ut imposterum omnes concessiones decimarum in feudum perpetuum laicis, etiam quoad jus decimandi a titulo spirituali abstractum, sine authoritate pontificis factae sint non solum illicitae, sed etiam ipso jure irritae, prout habetur *can. decimas* 1. *caus.* 16. *q.* 7. *c. quamvis* 17. *et c. prohibemus* 19. *h. t.* Idem judicium est de quacumque alia decimarum alienatione per donationem, venditionem, permutationem, emphyteusin facta, ut recte cum aliis notat Pirh. *hic n.* 141.

40

Dubium duntaxat restat, an episcopus vel praelatus ecclesiae decimas a laico legitime in feudum perpetuum obtentas, si istae per vasalli mortem aperiantur, et ad ecclesiam redeant, iterum concedere in feudum alteri laico possit? Resp. posse ex justa causa, neque casu illo opus est solemnitatibus juris, ut cum aliis advertit Laym. *l.* 4. *tr.* 6. *c.* 6. *n.* 5. *Ratio est*, quia prohibitio concilii lateranensis solum afficit infeudationem bonorum, quae pertinent ad mensam episcopi, vel ecclesiae: atqui talia bona non pertinent simpliciter ad mensam episcopi, vel ecclesiae, cum non habent dominium utile eorum, sed solum directum: ergo etc.

41

Addenda tamen duplex est limitatio. 1. Nisi jam ecclesiae, vel mensae episcopi incorporatae sint; tunc enim primaevam naturam assumunt, et propterea sine sedis apostolicae authoritate in laicos transferri non amplius possunt. 2. Nisi nova infeudatio sit ecclesiae damnosa, aut minus utilis, quam olim fuerit, quod causa, ob quam in feudum laico concessae sunt, mutato rerum statu, cessarit; tunc enim iterum requireretur consensus apostolicus, ut bene notat P. Vviestner *hic n.* 91.

42

Quaeritur 7. quanti temporis debeat esse praescriptio, ut per eam acquiratur jus decimandi alicui ecclesiae, vel loco sacro? Non pauci cum Abbat. *n. in c. cum sint* 18. *h. tit. n.* 6. *in fin.* distinguunt, an ecclesia, quae praescribit jus decimandi, sit parochialis, vel non. Si parochialis non sit, requirunt tempus 40. annorum

cum titulo, immemoriale sine titulo; si vero parochiali sit, putant sufficere decennium. Fundamentum istius sententiae est, quia ut illius propugnatores existimant, in priori distinctionis casu praescribenti resistit jus, in posteriori assistit, dum *c. cit. et c. ad apostolicae* 20 *eod.* dicit, eo casu sequendam esse *consuetudinem diu obtentam*; tempus autem 10. annorum in jure censetur longum, seu diuturnum: ergo etc.

43

Sed melius cum communi ceterorum, etiam quando ecclesia praescribens parochialis est, et fundi, seu praedia, quorum decimae praescribuntur, sita sint intra fines illius, ut legitime illas praescribat, requiritur tempus diuturnius, videlicet 100. annorum, si adversus romanam ecclesiam, 40. autem, si adversus ecclesiam romanam inferiorem, et specialiter non privilegiatam. *Ratio est*, quia est praescriptio adversus ecclesiam, atqui adversus ecclesiam bona immobilia, quibus etiam accensentur jura, non praescribuntur minori tempore, ut patet ex *c. de quarta* 4. *c. ad aures* 6. *c. illud* 8. *princ. de praescript. et auth. quas actiones C. de ss. eccl.*

44

Ad rationem in contrarium allatam dico, id procedere, quando praescriptio fit adversus personas privatas; nam adversus istas praescribuntur decimae, ut aliae res immobiles; decennio inter praesentes, vicennio inter absentes cum titulo, tricennio sine titulo; *l. diutina* 4. *et l. fin. C. de long. temp. praescript.* at quando praescriptio fit adversus ecclesiam, aliud tempus jura *cit.* taxarunt. Habet tamen aliquid praerogativae hoc casu ecclesia parochialis in praescriptione decimarum ex fundis, qui intra fines suos sunt siti, prae alia ecclesia extranea: illa enim, ut decimas ex fundis suis contra ecclesiam extraneam, vel non parochialem tempore 40. annorum praescribat, titulo non indiget, quod assistentia juris, quam habet, sit loco tituli; ista autem posterior titulo habet opus, quo possessionem suam legitimet adversus ecclesiam parochialem.

45

Quaeritur 8. an decimae praescribi etiam possint a laicis? Resp. distinguendo: vel enim laicus praescriptionem obtendit adversus laicum, vel adversus ecclesiam, aut personam ecclesiasticam.

Si adversus laicum, et hic decimas canonice, et perpetuo, ac irrevocabiliter omnino possedit, laicus adversus istum praescribere potest decimas, ut cum Felin. *in c.* 7. *de praescript. n.* 4. docet communis DD. Ratio est, quia per hujusmodi concessionem decimae a spiritualis officii titulo omnino avulsae, et rebus laicorum patri-

monialibus accessisse videntur, ut adeo laicus non amplius sit incapax possessionis illarum.

46

Si adversus ecclesiam, vel *personam ecclesiasticam*, major est difficultas. Pro affirmativa videtur militare, quod regulae instar ab aliquibus traditur, videlicet praescriptione, saltem immemoriali, acquiri posse, quod acquiri potest privilegio principis, cum illa huic aequiparetur, potest autem jus decimandi acquiri laicis privilegio principis, seu papae, ut dictum est *n.* 34. ergo etc.

Sed dicendum, laicos ne quidem tempore immemoriali praescribere posse decimas adversus ecclesiam, vel personam ecclesiasticam. Ita DD. facile omnes, et colligitur ex *c. causam* 7. *de praescript.* ubi diserte habetur, quod *laici decimas*, *quia detinere*, *seu possidere illas non possunt*, *nulla possint ratione praescribere.*

47

Proceditque hoc non tantum de jure decimandi directo, ut per se clarum est, quia eatenus jus illud est spirituale; sed etiam de indirecto, et abstracto a titulo spirituali, ob generalitatem; *c. causam cit.* quod etiam confirmatur ex ratione; nam decimarum possessio, ut notat gloss. *in c.* 14. *V. commodo de restit. spoliat.* et Abb. *in c.* 5. *eod. n.* 24. involvit titulum proprietatis, cujus respectu decimarum post *concilium turonense*, *et lateranense cit.* laici sine privilegio apostolico incapaces sint.

Ad rationem in contrarium allatam, dico, tempus immemoriale respectu laici possidentis decimas facere quidem praesumptionem privilegii apostolici aliquando obtenti, non tamen complere praescriptionem posse: hinc quocumque tempore aperiatur possessionis vitium, restituere istas ecclesiae debebit laicus. Regula, quae additur, non procedit in casibus, quibus praescribens sine principis privilegio est possessionis incapax; quia vitium possessionis tempus immemoriale non sanat.

48

Quaeritur 9. an qui praescripsit decimas praediales intra fines alienae parochiae, possit vi illius praescriptionis percipere etiam decimas ex novalibus postea factis intra eandem parochiam? Resp. non posse per se loquendo, et nisi ex rationabili causa ostendat, etiam ipsas ad se pertinere. Ita expresse decisum est *c. cum contingat.* 29. *h. tit. Ratio est*, quia nemo plus praescribit, quam possidet. Atqui decimas novalium, quippe quae antea non existebant, praescribens non possedit, neque illas unquam percepit: ergo etc.

49

Dixi *per se loquendo* ; nam triplex datur exceptio. 1. Si cum possessione decimarum antiquarum alienae ecclesiae inchoetur etiam possessio decimarum provenientium ex novalibus , uno , vel pluribus , et haec tempore jure definito continetur; *arg. c.* 1. *de praescript. in* 6. 2. Si cum veteribus decimis percipiantur semper decimae novalium intra intra ejusdem parochiae fines successive exurgentium ; quia tali casu non deest possessio; Rebuff. *q.* 14. *n.* 20. 3. Si praescribens ex terris illis incultis jam antea aliquid decimarum nomine percepit; tunc enim hujusmodi terra jam fuit obligata ad decimas, et per accidens est, quod talis generis fructus non tulerit.

50

Quaeritur 10. an privilegium percipiendi decimas ex praediis, intra fines parochiae alicujus sitis , extendatur etiam ad decimas novalium , quae post concessionem talis privilegii fiunt intra fines talis parochiae ? Resp. hac in re ante omnia prae oculis habendum esse tenorem privilegii , et mentem papae illud concedentis. *Controversia est* , quando est dubium de mente concedentis : et *rationem dubitandi* facit *c. ex parte* 27. *h t.* ubi Innocentius III. Abbati monasterii s. Columbae , quod ex privilegio apostolico obtinebat decimas in certis parochiis , rescribit in haec verba : *Cum tibi quod majus est* , *sit concessum*, *ut videlicet decimas ex laboribus terrae parochiarum tuarum cum integritate percipias*, *de novalibus eas percipere satis potes* ; *quia ubi majus conceditur*, *minus concessum videtur*. *Conf.* a pari cum privilegio non solvendi decimas, quod etiam ad decimas novalium se extendit, ut dicetur *infra n.* 56.

51

Sed dicendum, ejusmodi privilegium ad decimas novalium, quae post concessionem ejusdem fiunt , non extendi. Sumitur ex *c. statuto* 2. *princ. et* §. *statuimus hoc tit. in* 6. *Ratio est ;* quia hujusmodi privilegia sunt odiosa , cum cedant in praejudicium ecclesiarum parochialium. Igitur restringenda sunt ad praedia prius culta , neque extendenda ad novalia , seu praedia deinceps colenda , nisi aliud vel ex verbis privilegii , vel ex mente concedentis constet.

Ad rationem dubitandi monasterio s. Columbae in *l. cit.* merito adjudicatae sunt decimae etiam novalium , quia parochiae , ex quibus colligebant , erant eidem incorporatae. *Ad conf.* nego paritatem ; nam privilegium non solvendi decimas ex vi verborum magis est universale propter negationem absolutam , quam includit. Accedit , quia cum illud solum privet ecclesiam decimis praediorum,

quae ad unam personam, vel monasterium pertinent, minus grave praejudicium affert ecclesiae, ad quam decimae alias spectant.

§. III.

De exemptione ab onere solvendi decimas.

SUMMARIUM

52

Certum est, posse aliquem eximi ab onere, et obligatione solvendi decimas, ut omnes fatentur, et ratio demonstrat; nam obligatio haec, prout ad singulas personas tendit, non est naturalis, aut juris divini positivi, sed ecclesiastici tantum. Et procedit hoc non tantum de quota decimae, sed etiam de tota solutione; nam etsi praeceptum solvendi decimas quoad partem ministrorum sustentationi necessarium naturale sit, id tamen solum respectu communitatis procedit: atque hinc si per ea, quae ceteri ad ministrorum ecclesiae sustentationem contribuunt, eorumdem necessitati sufficienter provisum sit, poterunt ab obligatione ista absolvi ceteri. Sunt autem quinque omnino modi, de quibus quaeri potest, an per eos impetrari possit exemptio ab onere solvendi decimas, nim. privilegium, consuetudo, praescriptio, amicabilis compositio, et transacto. Atque hinc, ut a primo incipiamus

53

Quaeritur 1. an, et quomodo a decimis solvendis eximat privilegium? Resp. eximere, si datum sit a legitima potestate: patet ex ratione allata *n. praec.*

Dubium est 1. quisnam dare privilegium istud possit? Resp. Dari potest a solo summo pont. Ita omnes. *Quod dari possit a summo pont.* patet ex usu, et praxi perpetua ecclesiae; tale enim privilegium cruciferis Urbanus II. fratribus ordinis de redemptione captivorum Honorius IV. FF. praedicatoribus Gregorius XI. FF. conventualibus s. Francisci Clemens IV. et Sixtus IV. carthusianis Martinus V. cisterciensibus Hadrianus IV. congregationi cassinati s. Benedicti Eugenius IV. carmelitis Sixtus IV. ordini minimorum s. Francisci de Paula Julius II. camaldulensibus Leo X. monialibus s. Clarae Sixtus IV. Leo X. et Paulus III. societati Jesu Paulus III. Julius III. et Gregorius XIII. indulsere.

54

Quod vero solus pontifex privilegium hoc dare possit, ex eo ostenditur; quia si alius dare id posset, possent vel principes saeculares, vel episcopi, et alii praelati ecclesiastici: *non principes saeculares*, ut patet ex *c. tua* 25. *hoc tit.* et probat ratio; quia causa decimarum est fori ecclesiastici, et cons. saecularem potestatem excedit: *non episcopi*, *et alii praelati ecclesiastici* ex antiqua regula, quia inferior in lege superioris dispensare non potest. *Neque obstat*, quod per trid. episcopis detur facultas applicandi decimas uni, vel alteri loco, uniendi beneficia, vel unita dissolvendi pro numerositate populi, et novos clericos assignandi, quibus decimae dentur pro qualitate sui ministerii; nam ut Rebuff. Suar. Pal. notant, hoc faciunt ut delegati sedis apostolicae, et praeterea hoc non est dispensatio, vel relaxatio juris communis, sed debita solum administratio decimarum.

55

Dub. 2. an privilegium exemptionis a solutione decimarum praedialium, concessum regularibus, et aliis, qui de jure communi solvere deberent decimas, censeri debeat esse favorabile, an vero odiosum? Resp. esse simpliciter, et absolute odiosum; Suar. *l.* 1. *de decim. c.* 18. *n.* 6. Pirh. *hic n.* 70 et alii communiter. *Ratio est*, tum quia juri communi derogat; tum quia cedit in praejudicium tertii, sc. ecclesiarum parochialium, et parochorum, vel clericorum, qui illis decimis per hoc privantur et hic

Infertur 1. Privilegium hoc esse strictae interpretationis, et quamvis extendi debeat ad omnia, quae secundum communem verborum proprietatem continet, non tamen debere extendi ultra proprietatem et usitatam significationem verborum privilegii. *Ratio est*, quia in rescripto, seu privilegio principis nihil videtur concessum, quod cum incommodo alterius sit, nisi exprimatur; *l. praetor ait.* 2. §. *siquis a principe* 18. *ff. ne quidem in loco publico etc.*

56

Infertur 2. Idem privilegium non procedere, si valde damnosum esset ecclesiis, ita sc. ut ecclesia, ejusque ministri non habeant congruam sustentationem; nam si hoc fieret, quoad excessum ab episcopo loci deberet corrigi, et ii, qui privilegium tale habent, compelli ad necessaria ecclesiae ministris subministranda, prout habetur 2. *c. statuto* 2. §. *ubi autem h. tit. in* 6.

Inferunt aliqui 3. hoc privilegium non extendi ad decimas novalium, et aliorum praediorum deinceps acquirendorum a privilegiato. Sed neutrum sat bene, prout de decimis novalium colligitur ex *c. ad audientiam* 12. *hoc tit.* de praediis postea acquirendis ex *c. quia circa* 22. *de privileg. Ratio est*, quia licet privilegium hoc strictae interpretationis sit, est tamen concessum per verba indefinita, et generalia; cons. omnes species, et partes comprehendit, qua includit significatio illorum propria: atqui etiam novalia, et praedia postea acquirenda sunt proprie dicta praedia, et decimae ex illis collectae sunt proprie dictae decimae: ergo etc. Vide *supra n.* 51.

57

Dub. 3. an, et quomodo amittatur privilegium non solvendi decimas? *Ratio dubitandi est*, quia privilegium a principe legitime semel concessum, debet esse perpetuum; *reg. decet* 16. *in* 6. Verum haec regula universalis non est, sed plures alias exceptiones habet. In casu quaestionis non procedit, sed privilegium non solvendi decimas amittitur.

1. Si privilegium cedat in enormem laesionem, vel gravamen ecclesiae, et personarum, ad quas decimae pertinent. Colligitur ex c. *suggestum* 9. *h. tit.* et ratio est, quia in concessione privilegii includitur tacita conditio, *nisi enormiter laedatur ecclesia parochialis.*

2. Conventione, seu partium compositione; *c. suggestum cit. c. dilecti* 8. *in fin.* etc. *nuper* 34. *h. tit.* Ratio est, quia talis conventio, seu compositio potest esse justa, et rationabilis, partique utrique utilis, adeoque per illam poterit tolli privilegium, vel limitari juxta conditiones conventionis.

58

3. Praescriptione, sive non usu, vel usu contrario, si v.g. privilegiati decimas solvant, ut colligitur ex *c. si de terra* 6. *h. tit.* et *c. accedentibus* 15. *de privil.* ubi tamen distinguendum est inter non usum per viam tacitae renuntiationis, et non usum per viam praescriptionis: ut priori modo amittatur privilegium, sufficiunt 30. anni; ut posteriori, contra ecclesiam requiruntur 40. de primo casu loquitur *c. si de terra cit.* de secundo *c. accedentibus cit.* et sic com-

binari possunt textus in speciem contrarii. Vide Barbos *in c. accedentibus cit. n.* 4. P. Vviest. *hic n.* 56.

Quaeritur 2. an, et qua ratione obligati ad decimas praestandas ab illis liberari possint per consuetudinem non solvendi inductam? *Certum est* 1. sic abrogatas defacto in pluribus locis esse decimas personales, et minutas, reales ut praxis, et observantia habet.

59

Certum est 2. si ministri ecclesiae aliunde non habeant sustentationem congruam, decimarum obligationem omnino, et ex toto abrogari non posse; nam eatenus decimarum praestatio est juris naturalis.

Certum satis apud AA. est. 3. posse eas saltem ex parte abrogari, si ecclesiae, ejusque ministris ex fundatione, oblationibus, piis legatis etc. aliunde sufficienter provisum sit; quia tunc obligatio juris naturalis cessat.

60

Dub. 1. utrum immunitas ista obtineri per consuetudinem etiam in totum possit, ita ut decimae nomine nihil omnino solvatur? *Videtur* non posse obtineri in totum; quia sic ecclesiae ministri privarentur stipendio curae, et laboris sui, quod est contra justitiam.

Sed esto, decimae debeantur tanquam stipendium curae, et laboris, et quidem ex justitia, ut ultro concessi. *n.* 10. *supra* tantum debentur conditionate, si stipendium laboris, et curae aliunde non habeant. Quare si istud aliunde habeant, dicendum, immunitatem a decimis etiam in totum per consuetudinem obtineri posse. Ratio patet ex dictis.

Neque consuetudo ejusmodi quidquam injustitiae in se aliunde continet, si legitime praescripta illa sit; nam si contra justitiam foret ex hoc, quod per ejusmodi exemptionem aliquorum gravarentur ceteri: quod tamen non fieret; quia ceteri parochiani propter exemptionem unius, vel aliquorum non plus solvunt, quam solverent, si omnes darent; solvunt enim decimam duntaxat suorum bonorum.

Dub. 2. utrum immunitatem istam per consuetudinem possint obtinere etiam laici? *Videtur non posse*; quia laicus non potest praescribere jus percipiendi decimas, ut hae ipsi solvantur ab aliis, ut dictum est *n.* 46. ergo neque praescribere jus retinendi decimas, quas ipse solvere deberet ecclesiae; nam retinendo decimas quasi a seipso illas accipit.

61

Sed dicendum, posse exemptionem istam per consuetudinem obtineri etiam a laicis. Ita communiter DD. et probat hoc etiam ratio allata superius. *Proceditque hoc*, ut non solum una, vel altera persona per ejusmodi consuetudinem eximi possit a debito decimarum, sed

omnes in aliqua provincia, vel oppido, sub clausula tamen, ut clerici adhuc sustentationem congruam habeant, ut aliis *citt.* advertit Pirh. *hic. n.* 128. ubi dicit ejusmodi consuetudinem esse in Italia.

Ad rationem dubitandi nego paritatem inter jus percipiendi decimas, et inter immunitatem a decimis solvendis, nam illud, quia spirituale est a laico legitime possideri non potest, potest autem immunitas a solutione decimarum, cum illa spirituale nihil sit, sed tantum sit commoditas temporalis, sive libertas ab onere decimarum, fundo a natura sua adhaerens. Quod additur, hoc modo videri aliquem quasi a seipso accipere decimas, pariter negatur; neque enim immunitas haec est jus percipiendi decimas, sed jus percipiendi integros fructus ex agris propriis sine detractione, sive onere decimarum.

62

Dub. 3. quantum temporis requiratur, ut per consuetudinem obtineatur immunitas a solutione decimarum? Videtur sufficere decennium; quia generaliter ad consuetudinem contra legem tale tempus sufficiens est, ut dictum est *libr.* 1. *tit.* 4. *n.* 9.

Sed distinguendum est, an consuetudo talis immunitatem a decimis inducat via conniventiae tantum, sciente sc. et tolerante summo pont. et iis, quorum interest, an vero eam inducat via praescriptionis.

Si primum, non requiritur certum, et determinatum tempus, sed sufficit tantum tempus, et tot actus legi contrarii, ut praesumi possit notitia, et consensus tacitus legislatoris, eorumque, quorum interest.

Si secundum, etsi, cum integra quaedam communitas consuetudine acquirit immunitatem a decimis, nullus requiratur titulus (hoc enim discrimen est inter praescriptionem, et consuetudinem) contra ecclesiam tamen opus est, ut consuetudo non solvendi decimas 40. annis continuata sit, ut communis DD. habet cum Molin. *tr.* 2. *D.* 75. *n.* 9. *Ratio est*, quia etsi decennium sufficiat ad consuetudinem inducendam adversus legem, quando nullum affertur alteri praejudicium, longius tamen requiritur tempus, quando alicujus jus laeditur; tunc enim idem tempus requiritur, quod ad praescriptionem: cum ergo ad praescribendum contra ecclesiam requirantur anni quadraginta, etiam requirentur tot anni ad inducendam consuetudine exemptionem a decimis solvendis ecclesiae.

63

Quaeritur 3. an, et quomodo immunitas a solutione decimarum obtineri possit per praescriptionem a personis, et communitatibus particularibus? Resp. posse: nec a clericis tantum, sed etiam a laicis, pro quibus urget ratio *n.* 59. assignata, et dicta *n.* 52.

Dub. 1. quantum tempus requiratur, ut praescriptione acquiratur immunitas a solutione decimarum? Resp. cum distinctione: vel enim is, contra quem praescribitur, est parochus, aut ecclesia parochialis, vel est monasterium, aut alia ecclesia non parochialis, vel denique est privatus aliquis clericus, aut laicus.

Si primum, quia jus assistit parocho contra praescribentem, praescriptio non perficitur, nisi 40. annis cum titulo, vel tempore immemoriali sine titulo; *c. episcopum* 1. *de praescript. in* 6. *Si secundum*, praescriptio contra ejusmodi ecclesiam, vel monasterium completur 40. annis sine titulo; *c. de quarta* 4. *et c. ad aures* 6. *de praescript. Si tertium*, contra praesentem immunitas a solutione decimarum praescribitur annis 10. contra absentem 20. juxta principia juris vulgata.

64

Dub. 2. an privatus praescriptione, et populus consuetudine ita liberari possit ab onere solvendi decimas, ut harum praestatio in futurum eidem amplius imperari nequeat? Resp. negative; sed si opus fuerit, earum praestationem imperare denuo summus pontifex poterit, ut bene cum aliis advertit Less. *l.* 2. *de just. c.* 39. *n.* 25. *Ratio est*, quia potestas, quam pontifex habet ad imperandas decimas, ei competit, ut est pastor ecclesiae universalis, et cons. jure divino, contra quod jus nulla consuetudo, vel praescriptio, aut lex humana valere potest: igitur licet cedere possit jure suo, vel ecclesiarum, nunquam tamen privari potest potestate condendi legem, solvendi decimas, vel eas renovandi, quando, et ubi censuerit expedire.

Dixi *summus pontifex*; nam, ut Suar. *l.* 1. *de decim. c.* 12. *n.* 11. recte advertit, potestas imperandi decimas, ubi legi huic per consuetudinem, vel praescriptionem est derogatum, de facto non est in aliquo inferiore praelato ecclesiastico: et ratio est, quia talis consuetudo in tali populo abiit in jus commune, contra quod episcopi, et praelati inferiores disponere nihil possunt.

65

Quaeritur 4. quomodo acquiri immunitas solvendi decimas possit transactione, et amicabili compositione? *Certum est*, quod privata conventione transigi possit de *decimis praeteritis*, seu fructibus decimarum, de quibus est controversia, an debeantur.

De futuris distinguendum est; nam ad tempus triennio longius opus est intervenire authoritatem episcopi juxta *extravag. ambitiosae de reb. eccl. non alien.* Ut in perpetuum, vel ultra vitam transigentis transactio valeat, opus insuper est authoritate apostolica; *can. veniens* 8. *de transact.*

66

Dubitatur, an haec immunitas emi, aut alias pro re temporali commutari possit? Videtur posse, siquidem juxta dicta immunitas a solvendis decimis nihil est spirituale.

Sed etsi hoc verum sit, atque adeo is, qui immunitatem emeret, nihil spirituale acquireret, nihilominus tamen alter, qui immunitatem venderet, hoc ipso jus suum decimandi, quod spirituale est, vendere censeretur: quod est simoniacum.

Quare tenenda est sententia negativa, quae etiam patet ex *c. fin. de rer. permut.* ubi contractus inter duos praelatos initus, quorum unus volebat a petitione decimarum absistere, si alter certam pecuniae summam refunderet, penitus annullatur, ex ratione, quod *permutatio a spirituali ad temporalia* a jure *improbata sit.*

§. IV.

De judice causarum decimalium, et poenis fraudantium decimas.

SUMMARIUM

67 *Quid possit parochus, ut recuperet decimas non solutas?*
68 *Quomodo illas debeat petere in judicio possessorio?*
69 *Quomodo in petitorio, si agatur super jure decimandi?*
70 *Quomodo si super ipsis decimis?*
71 *Adversus quem agere possit in possessorio?*
72 *Adversus quem in petitorio?*
73 74 *Ad quem judicem spectet causa decimarum in petitorio?*
75 76 *Ad quem in possessorio?*
77 *Poenae fraudantium decimas.*
78 *Religiosorum non solventium, et solvere prohibentium.*

67

Quaeritur 1. quid possit parochus, ut recuperet decimas non solutas? *Certum est* 1. Parochum, si non petat decimas tempore collectionis, posse eas postea petere a quocumque illarum detentore injusto. Ita omnes contra Paris. *Ratio est*, quia qui non petit debitum statim, ac potest, non censetur idcirco illud remittere.

Certum est 2. parochum non posse decimas, sibi non solutas, sua authoritate per vim accipere, ut iterum communis habet: *cujus ratio est*, quia universim loquendo ob bonum pacis, et tranquillitatis publicae non est licitum ulli creditori privata authoritate occupare bona debitoris, eumque possessione, et usu illorum pri-

vare, ut debitum suum recuperet : atqui decimae , antequam solvantur, adhuc vere sunt in bonis , et dominio parochiani : ergo etc. Ex quo sequitur, et

Certum est 3. parochum decimas sibi negatas petere debere , instituta actione adversus detentorem. Sed hinc

68

Quaeritur 2. qua actione ecclesia , vel ejus loco parochus, aut episcopus in judicio exigere possit decimas sibi debitas ? Resp. hic distinguendum, an agatur judicio possessorio, an petitorio.

Si possessorio , intentabit remedia possessoria : et 1. quidem *interdicto adipiscendae* aget , si decimarum , de quibus controversia est, possessionem numquam antea habuit, v. g. quia proveniunt ex novali , quod primum intra fines parochiae suae exsurrexit. 2. *Interdicto retinendae*, si in decimarum hactenus possessarum collectione turbetur ab alio. 3. *Interdicto recuperandae* denique , si possessionem decimarum amisit, quia vel alius fructus decimales violente collegit, vel quia qui debebat decimas solvere , illas ipsi praestare negavit.

69

At si agatur petitorio , iterum distinguendum erit , an agatur super ipso jure decimandi , ad quem pertineat , an vero super ipsis decimis , seu fructibus decimalibus. *Si primum* , ecclesia, vel parochus perinde , ac super ceteris rebus incorporalibus instituere potest , et debet actionem confessoriam, vel negatoriam ; *confessoriam* quidem, qua petat a judice declarari , sibi in praedio controverso competere jus decimandi ; *negatoriam* autem , qua postulet decidi , jus illud non competere alteri; *arg.* §. *aeque* 2. *inst. de actionib.* junct. *c. intelleximus* 1. *de nov. oper. nuntiat.*

70

Si secundum , adhibenda est distinctio tertia , et videndum, an agatur pro decima parte fructuum jam separata a cumulo reliquorum, et assignata, ac quasi tradita ecclesiae , vel parocho , an vero pro decimis nondum separatis a fundo, et reliquis fructibus. *Si prius contingat* , ecclesia , vel parochus eo casu postulabit decimas illas sibi adjudicari , instituta actione reali , quae *rei vindicatio* dicitur. *Si posterius fiat* , ecclesia agere ad separationem , et solutionem poterit *conditione ex canone* , quae est actio personalis in rem scripta, et datur quasi domino , sive utile dominium in re habenti ; P. Jacob. Vvex. *ariadn. p.* 5. *tr.* 1. *q.* 8. *n.* 12.

71

Quaeritur 3. adversus quem ecclesia, vel parochus agere super decimis possit? Resp. secundum datam distinctionem. Vel enim agit in possessorio, vel in petitorio.

Si possessorio, videndum, quod intentet remedium; nam si agat *interdicto adipiscendae possessionis*, instituere actionem debet adversus possessorem iniquum; *si retinendae*, adversus turbatorem possessionis suae; *si recuperandae*, adversus spoliatorem, vel eum, ad quem ab hoc illud pervenit.

72

Quodsi agatur petitorio, iterum dispiciendum, quaenam intentetur actio; nam si intentetur *actio confessoria*, *vel negatoria*, instituetur illa adversus eum, qui jus decimandi sibi injuste arrogat; si *rei vindicativa*, adversus eum, qui decimas a fundo separatas contra jus collegit; *si condictio ex canone*, adversus quemvis fructuum non decimatorum possessorem.

Eandem condictionem instituet etiam adversus illum, qui fructus sive adhuc haerentes in fundo, et a reliquis non separatos, sive jam separatos, et decimatos, per dolum, vel notabilem culpam, aut negligentiam destruxit, vel perdidit; petere enim ejusmodi conditione poterit aestimationem fructuum decimalium, nempe id, quod ecclesia, aliis annis spectatis, solebat, et poterat decimarum nomine ex praedio tali percipere.

Addo tamen, de jure canonico parum curari de nomine actionis, cum non sit necesse nomen actionis in libello exprimere: hinc perinde erit, sive in libello judici oblato dicatur, quod ecclesia decimas, tanquam sibi debitas, condicat, sive dicatur, quod eas vendicet tanquam suas; sed sufficiet, si alias sit recte formata petitio.

73

Quaeritur 4. ad quem judicem spectet causa decimarum in *petitorio*, quando quaestio juris est, seu quando agitur de jure decimandi, cuinam id competat? Resp. per se loquendo, et spectato jure, atque usu communi, cognitio quaestionis super hujusmodi casu ortae, et decisio illius ad judicem ecclesiasticum spectat privative. Ita omnes etiam legistae, suffragante praxi camerae imperialis, utpote quae appellationes in causis decimarum in petitorio non recipit, teste Gaill. *l.* 1. *obs.* 38. *n.* 2. Ratio est, quia causae ecclesiasticae, et his annexae ad forum ecclesiasticum spectant: tales autem sunt causae decimarum, quando de iis contenditur in petitorio, ut patet ex *cap. adhaec* 15. *cap. tua* 25. *et cap. seq. h. tit.* ergo etc.

74

Addidi, *per se loquendo*, *et spectato jure, atque usu communi. Excipitur enim* 1. si cognitio causarum decimalium judici saeculari data sit privilegio apostolico; nam eo etiam laico competere illam posse est extra dubium, cum ordinem, et statum clericalem essentialiter non supponat. *Excipitur* 2. si lis mota sit super decimis, quae privilegio, vel alia concessione apostolica perpetuo, et omnino irrevocabiliter in laicos translatae sunt; quia tali concessione a titulo spirituali omnino avulsae, et inter bona laicorum patrimonialia, et profana censentur.

75

Quaeritur 5. quis sit judex, quando lis est circa decimas in possessorio? Resp. distinguendo: vel enim litigantium uterque, aut saltem reus conventus est laicus, vel communitas saecularis? *Si primum*, discussio quaestionis ad judicem ecclesiasticum tantum pertinet; quia actor sequitur forum rei; *cap. si clericus* 5. *et cap. cum sit* 8. *de de for. compet.*

Si secundum, iterum distinguendum est, an quaestio super possessione, et facto orta admixtam sibi habeat aliquam quaestionem proprietatis: sive juris, an non. *Si prius*, v. g. cum titulus possessionis justificandus est, etiam inter laicos agitata quaestio super decimis ad judicem ecclesiasticum tantum pertinet; quia non temporalis, sed spiritualis est.

76

Si posterius, probabilius est mixti fori, ita, ut illa tractari possit vel coram judice laico, vel coram ecclesiastico. Constat ex praxi, quae optima juris interpres est: et ostendi etiam a paritate cum juramento potest, nam licet etiam hic actus spiritualis sit, et cognitio de valore illius, obligatione, honestate etc. ad judicem ecclesiasticum spectet, pro observantia tamen illius, et executione, quae in facto solo consistit, adiri judex etiam saecularis potest, et ab illo compelli jurans, ut juramentum observet: igitur idem dicendum de decimis, si super his oriatur aliqua quaestio, quae mere est facti.

77

Quaeritur 6. quae sint poenae fraudantium decimas? Resp. praeter peccatum mortale gravissimum injustitiae, quod incurrunt, ut patet ex *cap. quamvis* 17. *hoc tit.* duplex illis in jure dicata est poena.

1. Enim jubentur excommunicari, ut habetur *cap. pervenit* 5. *cap. ex parte* 21. *cap. tua nobis* 26. *hoc tit. clem.* 2. *de judic.* et trid. *sess.* 25. *cap.* 12. *de reform.* ubi additur *ab hoc crimine*

eos absolvi non posse, nisi plena restitutione facta, intellige, si restitutio sit possibilis, et decimae ab eo, cui debentur, non remittantur.

2. Ad sepulturam ecclesiasticam mortui admitti non debent, ut statuitur *cap. prohibemus* 19. *h. tit.* Ratio esse potest, quia eas detinent cum animarum suarum periculo, et notorie delinquunt. Sed qui decedunt in notorio aliquo peccato, privandi sunt sepultura ecclesiastica, ut dictum est *tit.* 28. *n.* 49. ergo etc.

78

Tertia contra religiosos additur in *Clem.* 1. *h. tit.* ubi contra illos, si vel ipsi decimas, quas deberent, non solvant, vel solvere alios prohibeant, et admoniti ab iis, quorum interest, intra duos menses iisdem non satisfecerint, statuitur, ut tamdiu sint, et maneant suspensi ab officiis, administrationibus, et beneficiis suis, vel si hujusmodi beneficia, et administrationes non habeant, tamdiu excommunicati, donec destiterint, et satisfecerint.

§. V.

De primitis, et oblationibus.

SUMMARIUM

79 *Definitio primitiarum, et differentia a decimis.*
80 *Oblationum triplex acceptio.*
81 *Praeceptum solvendi primitias non est juris naturalis.*
82 *Olim debebantur jure ecclesiastico, cui fere jam derogatum est.*
83 *An detur in jure praeceptum faciendi oblationes? Ratio dubitandi.*
84 *Statuitur negativa.*
85 *Exceptiones.*
86 *Exhibendae de jure communi sunt parocho.*
87 *Exceptiones.*
88 *Casus, quibus oblationes acquirantur episcopis.*
89 *Aliis clericis, et ecclesiis.*
90 *Religiosis.*
91 *Laici oblationum capaces non sunt.*
92 93 *Personae, a quibus factae oblationes ab ecclesia non admittuntur.*
94 *Administratio earum de jure communi spectat ad parochum.*
95 *Per se loquendo converti debent in usus ab offerentibus intentos.*
96 *In alios, justa causa exigente, a pontifice.*
97 *Et episcopo.*
98 *Non tamen a magistratu saeculari.*
99 *Secluso jure speciali.*

Haec secunda rubricae praesentis pars est: ubi quatuor quaeri possunt. 1. quid sint primitiae, et oblationes? 2. quid juris sit de utrisque? 3. cui, et a quibus sint faciendae? 4. ad quaem pertineat administratio oblationum destinatarum ad certos usus?

79

Quaeritur ergo 1. de primitiarum, et oblationum conceptu. Et 1. quidem dubitatur, quid sint *primitiae*? Resp. *Primitiae* sunt frugum initia, seu primi fructus, qui Dei beneficio ex agris, vineis, hortis, arboribus producuntur, ut colligitur *exod.* 23. *v.* 13. *et* 15. *n.* 18. *v.* 12. *deut.* 16. *v.* 2.

Differunt a decimis 1. quia primitiae sunt primi fructus, eo anno collecti; decimae vero sunt certa fructuum omnium eo anno collectorum portio. 2. primitiae immediate solvuntur Deo in gratiarum actionem pro novis fructibus (quamvis deinde etiam cedant in alimenta sacerdotum, et ministrorum ecclesiae) at vero decimae immediate dantur ministris ecclesiae, tanquam merces laborum, et debitum ministerii sui stipendium.

80

Dub. 2. quid sint *oblationes*? Resp. *oblationis* nomen tripliciter posse accipi 1. *late et generice* pro omni oblatione ad cultum divinum facta : et sic comprehendit etiam decimas, primitias, et ipsum sacrificium.

2. *Stricte* , *et magis specifice* pro re quacunque temporali, quae intuitu religionis a fidelibus immediate Deo absque immolatione exhibetur, ut in ecclesiae usum, ejusque ministrorum sustentationem cedat et in hac acceptione oblatio differt a decimis , quia hae debentur ex justitia; a primitiis; quia istae sunt tantum primi fructus; a sacrificio; quia res, quae sacrificatur, prius consecratur, et sic in eo sacrum aliquid offertur; at vero in oblationibus ceteris nihil sacrum offertur, nec res offerenda prius sacrificatur.

3. Et *strictius* accipitur oblationis nomen pro dono, quod fideles sive per se, sive per diaconum ad altare offerunt, et ad manus sacerdotis deferunt. In hoc tertio sensu accepta oblatio differt ab oblatione accepta in secundo sensu, sicut species a genere: discrimen a decimis, et primitiis utrique commune est.

81

Quaeritur 2. de jure primitiarum, et oblationum. Et quidem 1. dubitatur, an sit praeceptum aliquod solvendi primitias? *Certum est* 1. eas solvendi praeceptum non esse juris naturalis; quia licet oblatio primitiarum intendatur in recognitionem Dei, ut authoris omnium fructuum naturalium, et haec recognitio sit debita jure naturali, recognitio tamen ista non ita jure naturali determinata est ad primitias ut non aliis modis recognosci Deus, et gratitudo pro beneficiis ostendi possit.

Certum est 2. in lege scripta eas fuisse debitas jure divino, ut patet ex textibus *cit. n.* 79. *et malach.* 3. *vers.* 8. ubi Deus gravissime conquestus est adversus populum judaicum, quod praeceptas sibi decimas, et primitias non exhibuerit.

82

Certum est 3. in lege nova olim primitias fuisse debitas , non quidem jure divino, nam praeceptum illud mosaicum cum ceteris ceremonialibus morte Christi exspiravit: sed sanctionibus ecclesiasticis, quibus praeceptum illud mosaicum resuscitatum fuit, ut colligitur ex *can. praetor* 6. *fin. dist.* 32. *can. revertimini* 65. *caus.* 16. *q.* 1. *can. decimas* 1. *ead. caus. qu.* 7. *et cap. decimam* 1. *junct.* glos. *V. in primitiis h. t.*

Certum est 4. juri huic ecclesiastico in plerisque locis contraria consuetudine derogatum jam esse , ut adeo primitiarum nomine

raro aliquid solvatur ecclesiae. Neque improbari consuetudo haec debet; cum enim obligatio solvendi primitias ab ecclesia principaliter decreta fuerit propter competentem sustentationem ministrorum, ideo, si istam illi aliunde habeant, nihil prohibet, quo minus per contrariam consuetudinem abrogari obligatio ista possit.

Certum est 5. ibi, ubi adhuc lex primitiarum viget, esse obligationem istas solvendi ex praecepto ecclesiastico, quo cum quantitas, in qua solvi debeant, determinata non sit, hinc quoad istam standum erit consuetudine loci.

83

Dub. 2. an detur aliquod in jure praeceptum de oblationibus faciendis dominicis, et festis diebus solemnioribus, inter missarum solemnia? Affirmant glos. *in can. omnis christianus* 69. *V. vacuus dist.* 1. *de consecr. et in can. statuimus* 55. *V. oblatione caus.* 16. *qu.* 1; Host. *in sum. tit. de paroch.* §. 2. *n.* 4. Lapus *alleg.* 58. *n.* 1. *et* 7. *etc.* et indicari videtur aperte in textibus *cit.* maxime *can. omnis christianus*, cujus luculentus in rem praesentem textus est: *omnis christianus procuret ad missarum solemnia aliquid Deo offerre, et ducere ad memoriam, quod Deus per Moysen dixit, non apparebis in conspectu meo vacuus; etenim in collectis SS. PP. liquido apparet, quod omnes Christiani offerre aliquid Deo ex usu SS. PP. debeant.*

84

Sed contrarium tenet communis sententia tam inter TT. quam canonistas, juxta quos per se loquendo, nullo jure, nec positivo divino, nec naturali, nec ecclesiastico tenentur parochiani ad oblationes inter missarum solemnia faciendas, adduntque vi juris eosdem etiam ad hoc cogi non posse ullis censuris, vel alii poenis ecclesiasticis. Idem dicendum de quibuscunque aliis oblationibus. *Ratio est*, quia oblationes per se et ex natura sua sunt prorsus spontaneae, et liberae juxta illud: *ab omni homine, qui ultroneus est accipietis*; Exod. 25. *v.* 2. *Conf.* quia nemo facile reperitur, qui talem obligationem agnoscat, et de ea neglecta se in tribunali sacro accuset.

85

Dixi *per se loquendo*; nam per accidens quinque modis deberi possunt, videlicet 1. promissione, quando aliquis promisit eam voto, vel alia simplici promissione acceptata. 2. Donatione inter vivos, vel ultima voluntate 3. Indigentia ecclesiae, vel ministrorum ejusdem, non habentium aliunde sustentationem congruam. 4. Consuetudine, quando populus longo tempore, videlicet 10. annis, oblationes, in certis solemnitatibus fecit quasi ex obligatione, sive intentione obligationis contrahendae. 5. Praescriptione, si ipsi rectores eccle-

siae longo tempore ejusmodi oblationes quasi debitas exegerunt, et acceperunt a parochianis.

Neque aliud probant canones *cit.* nam ut erudite notat Gonzal. *in c.* 13. *de V. S. n.* 2. intelligi debent de oblationibus debitis ex uno memoratorum capitum.

86

Quaeritur 3. de circumstantia personarum, quibus, et a quibus solvi primitiae, et oblationes debeant? Et 1. quidem dubitatur, quibus primitiae, et oblationes solvi debeant? Resp. *Primitiae* jure communi exhibendae sunt parocho illius parochiae, intra cujus fines praedia, et fundi, ex quibus fructus producuntur, existunt, nisi consuetudo sit in contrarium; Barb. *de off. paroch. cap.* 27. *n.* 8. *et* 9. ubi dat rationem; quia sunt onus reale: et hinc etiam clerici, qui ejusmodi terras, obligationi primitiarum exhibendarum obnoxias, colunt, solvere illas debent. *Oblationes* vero jure communi pertinent ad rectorem illius parochiae, intra cujus districtum fiunt. *Proceditque* hoc non tantum de oblationibus, quae fiunt ad manum sacerdotis in missa, sed etiam de iis, quae fiunt ad altare vel imaginem etiam depictam in domo privata, nisi aliud constet, vel colligi possit de mente offerentium; nam haec prae omnibus observanda est.

87

Et hinc 1. ad sacerdotem celebrantem, non vero ad parochum pertinent oblationes, quae sacrum dicenti traduntur in stipendium. 2. Neomystis relinquendae sunt, quae offeruntur in horum primitiis; quia horum intuitu censentur dari. 3. Parocho in aliena parochia missam pro parochiano suo v. g. sponso celebranti, non parocho loci cedunt, quae tali occasione fiunt; quia fieri censentur contemplatione ipsius celebrantis 4. Eae, quae fiunt ad certum altare vel sacellum, relinquendae sunt altari vel imagini, aut sacello, si constet, aut praesumi possit, ea intentione factas esse, ut in honorem, et ornatum imaginis, altaris, vel sacelli insumantur. 5. imo si ad domum privatam et imaginem ibi depictam fiat oblatio, et domus illa pauper sit, relinquendae sunt illi domui; quia praesumi debent intuitu domus, et paupertatis ejusdem factae. Vide Azor. *p.* 1. *l.* 7. *cap.* 27. *q.* 13. Barb. *de off. paroch. cap.* 24. *a n.* 22. Reginald. *l.* 19. *n.* 85. Pirh. *hic n.* 180. Illustris. D. Praep. Frising *to.* 1. *cons.* 9. *per totum.*

88

Dub. 2. an praeter parochum, etiam alii oblationum accipiendarum capaces sint? Formari dubium hoc potest 1. De episcopis. 2. De aliis clericis 3. De religiosis. 4. De laicis.

Ad 1. dico, episcopo debentur oblationes duobus casibus: quorum *prior* est, si in dioecesis suae ecclesia parochiali ipse sacrificet; nam oblationes, quae tum ad altare ab ecclesiae illius parochianis fiunt, cedunt episcopo sacrificanti; Franc. Leo *thes. for. eccles. p.* 2. *cap.* 13. *n.* 20. 2. Si capella, vel imago, ad quam fiunt oblationes, sita sit in loco nullius parochiae; quia ibi parochus est episcopus, intra cujus dioecesim est locus oblationis, cons. ad ipsum ut parochum oblationes ibi factae pertinent; P. Vvies. *hic n.* 142.

89

Ad 2. clerici, et ecclesiae aliae non parochiales jus accipiendi oblationes acquirere possunt ex triplici capite, videlicet 1. si ejusmodi clerici, vel ecclesiae sint exemptae. 2. Si jus istud obtinuerint privilegio. 3. Si consuetudine, vel potius praescriptione. Alias de jure communi oblationes ad eos non pertinent, sed ad parochum illius parochiae, intra cujus districtum altaria, vel sacella sita sunt, ut dictum est *n.* 85.

90

Ad 3. religiosi obtinere oblationes possunt ex quadruplici capite. 1. Si sacerdotes, ad quos eae de jure, vel consuetudine pertinent, has ipsis largiantur tanquam pauperibus. 2. Si offerantur in ecclesiis parochialibus monasterio suo unitis, et a se procuratis. 3. Si offerantur ipsis intuitu ministerii altaris, orationum, ceterique cultus divini, a se exhibiti. 4. Si jus accipiendi oblationes obtinuerint privilegio, vel praescriptione: et ita defacto, ut P. Vvies. *hic n.* 143. notat, oblationes quae ad imagines ecclesiarum regularium fiunt, non parocho, cui de jure deberent, sed monasterio pro religiosis ibi servientibus acquiruntur.

91

Ad 4. Laici saeculares juris percipiendi oblationes, quae religionis intuitu in ecclesiis fiunt, incapaces omnino sunt, secluso privilegio apostolico, ut expresse habetur *can. quia sacerdotes* 13. *can. sanctorum* 14. *et can. fin. caus.* 10. *qu.* 1. *can.* 1. *can. pervenit* 3. *caus.* 16. *q.* 7. *c. quamvis* 17. *h. t.* ubi prohibetur, ne laico decimae, et oblationes concedantur a praelatis ecclesiae. Ratio perspicua est, quia jus percipiendi oblationes, ad cultum divinum factas, est spirituale; atqui proprietas, et possessio juris spiritualis, secluso privilegio apostolico, non cadit in laicos. *Ex quo sequitur*, quod isti jus hoc nec per consuetudinis, aut praescriptionis viam possint acquirere. Neque contrarium probat consuetudo, qua festo purificationis B. V. cerei offeruntur laicis; quia haec non est oblatio, de qua hic agitur, sed tantum donatio alicujus rei benedictae,

Institute of Mediaeval Studies St. Michael's College

qua fideles juventur, et excitentur ad devotionem; ut bene advertit, Suar. *tom.* 2. *de relig. l.* 1. *cap.* 7. *n.* 5.

92

Dub. 3. a quibus personis fieri, et accipi possint ecclesiasticae oblationes? Resp. Fieri, et accipi possunt ab omnibus Christi fidelibus baptizatis, modo ab ecclesia praecisi non sint, et non obstet lex justitiae, pietatis, charitatis, aut timor scandali, vel ecclesiae prohibitio specialis.

Hinc 1. non sunt accipiendae oblationes infidelium, haereticorum, et eorum, qui excommunicati denuntiati sunt, ut patet ex concil. Laod. *cap.* 37. Illiberitano *cap.* 28. et statuitur a Clem. Rom. *l.* 3. *const. Apost. cap.* 8. quia ab ecclesia separati, vel praecisi sunt.

2. A raptoribus; *cap. super* 9. *de raptorib.* usurariis manifestis; *cap. quia in omnibus* 3. *de usur.* oppressoribus pauperum; *can. oblationes* 2. *dist.* 90. quia censentur aliena offerre, et quae sunt restitutioni obnoxia.

3. A debitore, si per ejusmodi oblationes fiat impotens ad solvenda debita sua; quia ejus bona illo casu ex justitia sunt obnoxia creditoribus.

93

4. A filiof. si deinde parentes necessitatem passos sustentare non posset; quia tunc oblatio facta ecclesiae repugnaret pietati parentibus debitae.

5. A meretrice, vel peccatore publico, antequam emendentur; quia putaretur ecclesia oblationes recipiens favere illius delicto, aut saltem illud ob ejusmodi oblationes dissimulare, ne puniat.

6. Denique ab aliis, quos ecclesia ab oblationibus speciali prohibitione arcet in poenam criminis, quales sunt rebaptizati, et ii, qui infantes suos rebaptizari curant; *can. eos quos* 118. *de consecr. dist.* 4. et concil. Illerdens. *cap.* 13. sacrilegi *can. de viro* 17. *caus.* 12. *quaest.* 2. violatores immunitatis ecclesiasticae per extractionem reorum ex asylo sacro; *can. miror.* 8. *caus.* 17. *quaest.* 4. notorie dissidentes; *can. oblationes* 2. *dist.* 90. poenitentes publice; *can. eos quos cit.* matricidae; *can. latorem* 15. *caus.* 33. *quaest.* 2.

94

Quaeritur 4. ad quem pertineat administratio oblationum destinatarum ad certos usus? Resp. Jure communi, et parochialitatis ea prae aliis competit parocho, nisi aliud inductum sit consuetudine; hac enim induci potest, ut oblationes ejusmodi percipiantur, custodiantur, et in usus ab offerentium intentione destinatos convertantur ab aliis, etiam laicis, sed ab his non jure proprio, quia ejus-

modi juris, utpote spiritualis, incapaces sunt; sed tanquam a meris ministris ab episcopo, vel parocho ad id deputatis. Haec satis certa.

95

Dubium est 1. in quos usus converti debeant oblationes ecclesiis, aliisque locis miraculosis factae? Resp. Regulariter converti debent in eos usus, ad quos fidelium offerentium intentione destinatae sunt; *Clem. quia contingit* 2. *de relig. domib.* Si certi usus ab offerentibus non sint expressi, impendendae sunt in ejusmodi locorum miraculosorum fabricam, ornamenta, et conservationem, atque augmentum divini in iis cultus, ut ex communi sensu DD. tradit Card. de Luca *de decim. disc.* 19. *n.* 10.

Excipitur, si ecclesia, vel locus ejusmodi miraculosus talibus oblationibus non indigeret; tum enim, si justa causa id exigat, vel suadeat, legitima authoritate in alios, praesertim, qui publicum ecclesiae bonum spectent, usus converti poterunt, ut clare desumitur ex *Clem. quia contingit* 2. *de relig. domib.* et trid. *sess.* 22. *cap.* 6. *de reform.*

96

Dub. 2. qua authoritate converti in ejusmodi usum oblationes possint? *Certum est*, posse ita converti saltem authoritate apostolica, ut patet ex trid. *cap.* 6. *cit. et Clem. quia contingit* 2. *de relig. domib.* ibi, *salva quidem sedis apostolicae authoritate*: et ratio est, quia pontifex habet supremam, generalem, et liberam rerum, ad finem supernaturalem destinatarum, et ecclesiasticarum omnium administrationem, ac dispositionem, immediate a Christo ipso acceptam, ex doctrina communi cum S. Thom. 2. 2. *quaest.* 100. *art.* 1. *ad* 7.

Dubium procedit de episcopo, et aliis inferioribus praelatis: et *rationem dubitandi* faciunt verba *Clem.* praeallegata, ubi potestas convertendi oblationes in alios usus per modum exceptionis adstruitur papae; atqui ex communi regula expressio, et exceptio unius firmat regulam in contrarium pro casibus non expressis, vel exceptis; ergo hoc ipso potestas illa censeri debet negata episcopis, aliisque inferioribus praelatis.

97

Sed dicendum, etiam episcopali authoritate oblationes, ad certos usus destinatas, in alios usus converti posse, si causa justa sic suadeat, vel exigat. Ita P. Vviest. *hic n.* 150. et consentire videntur, quotquot docent, quod ultimae voluntates defunctorum, justa causa suadente, vel exigente, ab episcopo commutari possint, quod cum Sylv. *V. legatum* 4. *quaest.* 12. communis sententia DD. docet. Colligitur 1. ex *can. praeter* 6. *hoc vers. deinde dist.* 32. ubi ejus-

modi oblationes dicuntur esse in dispositione episcopi. 2. Ex trid. *cap.* 1. *cit.* ubi episcopis stabilita est facultas faciendi commutationes ultimarum voluntatum, et cons. etiam convertendi oblationes in alios usus, quam sint destinatae. 3. Ex mente, et intentione offerentium, quae per ejusmodi conversionem non immutari, sed potius declarari censetur; merito enim praesumi potest, quod in ejusmodi usus oblata voluissent converti, si scivissent hac conversione obtineri utilitatem majorem.

Ad textum *Clem. cit.* dico, prohibitionem verbis illius contentam commode referri posse ad casum, quo aut deest justa causa de oblationibus aliter disponendi, aut conversio fit in usus profanos, proprios, aut minus utiles, ut aliis *cit.* explicat P. Vviest. *hic n.* 150. *fin.*

98

Dub. 3. an conversio oblationum in usus alios fieri possit etiam potestate magistratus saecularis? Resp. non posse, qualiscunque ille sit magistratus, etiam supremus, jure communi spectato. Ita expresse *cap. quae in ecclesiarum* 7. *de constit. cap. fin. de reb. eccl. non alien. cap. si adversus* 7. *de immunit. Ratio est*, quia ad res spirituales, quae ad finem supernaturalem, h. e. cultum Dei, sanctorum venerationem, et animarum salutem pertinet, potestas saecularis se non extendit, quippe quae mere politica est, et immediate temporalem solum felicitatem reip. spectat: atqui res oblatae ecclesiis hoc ipso, quod ad cultum Dei oblatae sint, spirituales fiunt: ergo etc.

99

Addidi, *jure communi spectato*; quia jure speciali potestas ista competere etiam magistratui, et principi saeculari potest, ut omnes fatentur, et probat manifesta ratio; nam ejusmodi potestas non ita spiritualis est, ut non a titulo spirituali separari queat, cum non supponat ordinem aut episcopalem, aut sacerdotalem, aut alium.

INDEX
RERUM ET VERBORUM

B

C

D

F

H

I

L

N

O

P

S

92 *

U

V

FINIS
TOMI TERTII PARTIS SECUNDAE.

. Greg.

THE INSTITUTE OF MEDIAEVAL STUDIES
10 ELMSLEY PLACE
TORONTO 5, CANADA.

6276.